

# **Liquidated damages- og penaltyklausuler**

**- Erstatningsklausuler underlagt norsk rett**

Kandidatnummer: 217

Leveringsfrist: 1. juni 2008

Til sammen 39 841 ord

29.05.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Avhandlingens tema – Innledende presiseringer</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Generelle avgrensninger</b>	<b>2</b>
<b>1.3</b>	<b>Erstatningsklausuler og liknende klausuler</b>	<b>3</b>
<b>1.4</b>	<b>Prosjekttilknytning og avhandlingens rettskildemateriale</b>	<b>5</b>
<b>1.5</b>	<b>Generelle bemerkninger om erstatningsklausulene</b>	<b>10</b>
1.5.1	Begrepe "liquidated damages" og "penalties"	10
1.5.2	Nødvendigheten av kontraktsbrudd	13
1.5.3	Erstatningsklausuler under common law i praksis	15
1.5.4	Begrepet "sole remedy"	17
1.5.5	Erstatningsklausulenes formål	17
<b>1.6</b>	<b>Oversikt over avhandlingen videre</b>	<b>21</b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>ERSTATNINGSKLAUSULER I COMMON LAW</u></b>	<b><u>22</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Adgangen til å avtale erstatningsklausuler</b>	<b>22</b>
2.1.1	Erstatningsklausulenes bakgrunn	22
2.1.2	Overestimering - "Liquidated damages" eller "penalty"?	23
2.1.3	Underestimering - "Liquidated damages" og "exemption clauses"	28
<b>2.2</b>	<b>Erstatningsklausulens rekkevidde – isolert sett</b>	<b>35</b>
2.2.1	Hvilke omstendigheter omfattes av klausulen?	35
2.2.2	Hvilke tap dekker klausulen?	36
<b>2.3</b>	<b>Erstatningsklausulenes rekkevidde – sett i forhold til bakgrunnsrettens alminnelige misligholdsbeføyelser</b>	<b>38</b>
2.3.1	Innledning	38

2.3.2	Erstatningsklausuler og den alminnelige erstatningsbeføyelsen	39
2.3.3	Erstatningsklausuler og andre misligholdsbeføyelser	46
2.3.4	Eksplisitte reguleringer	51
<b>2.4</b>	<b>Oppsummerende om behovet for erstatningsklausuler i engelsk og amerikansk rett</b>	<b>55</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>OVERSIKT OVER RELEVANT NORSK BAKGRUNNSRETT I LYS AV COMMON LAW</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>57</b>
<b>3.2</b>	<b>Tolkningstradisjonen</b>	<b>57</b>
<b>3.3</b>	<b>Lojalitet i kontraktsforhold</b>	<b>61</b>
<b>3.4</b>	<b>Adgangen til å avtale erstatningsklausuler</b>	<b>62</b>
<b>3.5</b>	<b>Sanksjonssystemet ved kontraktsbrudd</b>	<b>64</b>
<b>3.6</b>	<b>Oppsummering og videre fremstilling</b>	<b>64</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>ERSTATNINGSKLAUSULER I NORSK RETT</u></b>	<b><u>65</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>65</b>
4.1.1	Erstatningsklausulens bakgrunn	65
4.1.2	Terminologien i norsk rett	66
4.1.3	Overordnet om betydningen av klausulens ordlyd og formål	68
<b>4.2</b>	<b>Erstatningsklausulens rekkevidde - isolert sett</b>	<b>72</b>
4.2.1	Hvilke omstendigheter omfattes av klausulen?	72
4.2.2	Hvilke tap dekker klausulen?	74
<b>4.3</b>	<b>Erstatningsklausulens rekkevidde – sett i forhold til bakgrunnsrettens alminnelige beføyelser</b>	<b>76</b>
4.3.1	Innledning	76
4.3.2	Erstatningsklausuler og den alminnelige erstatningsbeføyelsen	76
4.3.3	Erstatningsklausuler og andre misligholdsbeføyelser	92

4.3.4	Eksplisitte reguleringer - "Sole remedy" m.m.	101
<b>4.4</b>	<b>Avtalerevisjon av erstatningsklausuler</b>	<b>107</b>
4.4.1	Innledning	107
4.4.2	Momenter av betydning i rimelighetsvurderingen av erstatningsklausuler	110
4.4.3	Særlig om erstatningsklausuler som ansvarsfraskrivelser	114
4.4.4	Erstatningsklausuler og bristende forutsetninger	125
4.4.5	Oppsummerende om avtalesensur i norsk rett	127
<b><u>5</u></b>	<b><u>AVHANDLINGENS KONKLUSJON</u></b>	<b><u>128</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE, REGISTRE M. M.</u></b>	<b><u>132</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Avhandlingens tema – Innledende presiseringer

Avhandlingens hovedtittel er ”Liquidated damages- og penaltyklausuler”, og avhandlingens tema er derfor klausuler som regulerer erstatningsutmåling for fremtidige kontraktsbrudd. Tittelens engelskspråklige utgangspunkt reflekterer oppgavens hovedproblemstilling, som er å analysere hvilke virkninger denne type klausuler med angloamerikansk opphav har i norsk rett.

Det forutsettes i avhandlingen at kontrakten er underlagt norsk rett, enten etter alminnelige lovvalgsregler eller gjennom en lovvalgsklausul. Til tross for dette vil det i mange kontraktsforhold med tilknytning til norsk rett være nødvendig eller hensiktsmessig å forfatte kontrakten på engelsk, for eksempel fordi arbeidsspråket er engelsk. Selv om det neppe er særlig praktisk, kan det heller ikke utelukkes at utenlandske parter avtaler voldgift eller verneting i Norge, teoretisk også utenfor Norge, under norsk rett. Kontrakter forfattet på engelsk medfører at engelske uttrykk blir gjenstand for tolkning etter norsk rett. At en klausul er forfattet på engelsk betyr ikke at den automatisk drar med seg det rettslige innhold som uttrykkene kan ha i engelskspråklige rettssystemer.<sup>1</sup> Avhandlingen vil i det følgende synliggjøre de vanskeligheter som oppstår når den norske rettsanvenderen skal tolke de engelske formuleringene av ”liquidated damages” og ”penalties” i norsk rett.

Begrepet ”erstatningsklausuler” i oppgavens undertittel kan synes meget vidtfaende.<sup>2</sup> En kunne tenke seg at alle klausuler som på en eller annen måte befatter seg med et erstatningsoppgjør ville omfattes av et slikt begrep. I lys av avhandlingens tema vil

---

<sup>1</sup> Se Moss (2007) s. 17

<sup>2</sup> Begrepet er inspirert fra svensk rett og kan gjenfinnes i forskjellige former i Olsen (1991) s. 22 og Taxell (1972) s. 454.

erstatningsklausuler bli benyttet som et samlebegrep på klausuler som innebærer en forhåndsavtalt erstatningsutmåling for et senere kontraktsbrudd. En kunne således vurdert om "erstatningsutmålingsklausuler" ville vært mer presist. Som drøftet nedenfor, kan det tenkes at klausulen kommer til anvendelse i tilfeller hvor de alminnelige erstatningsvilkårene ikke er oppfylt, og dermed er begrepet "erstatningsklausuler" mer dekkende. I engelsk og amerikansk rett vil "erstatningsklausuler" dekke begrepene "liquidated damages" og "penalties". I norsk rett vil "erstatningsklausuler" blant annet dekke tradisjonelle begrep som konvensjonalbøter, dagmulkt og pønaltipulasjoner, samt andre uttrykk som normaltapserserstatning eller forhåndsavtalt erstatning. Senere vil det drøftes hvilke rettslige konsekvenser som følger disse underbegrepene.

## 1.2 Generelle avgrensninger

Avhandlingens tema omfatter ikke klausuler som regulerer andre misligholdsbeføyelser enn erstatning. Imidlertid vil erstatningsklausulene kunne ha en effekt også i forhold til andre misligholdsbeføyelser enn erstatning. I den grad erstatningsklausulen etter sin utforming kan tenkes å utelukke andre misligholdsbeføyelser enn erstatning etter erstatningsklausulen, vil derfor problemstillinger som reiser seg i denne forbindelse bli behandlet. Det kan tenkes at dette kan utledes av erstatningsklausulen gjennom tolkning, eller det kan stå eksplisitt at erstatningsklausulen er realkreditors eksklusive misligholdsbeføyelse gjennom en såkalt "sole remedy"-klausul.

Både i common law og norsk rett gjøres et skille mellom deliktsansvar og kontraktsansvar. Likevel er det ingen umulighet i rettssystemene som her behandles at et kontraktsbrudd også kan medføre et deliktsansvar. Det bemerkes videre at partene i sin kontrakt kan regulere risikoen for deliktsansvar i kontrakten. Erstatningsklausulene behandlet i denne oppgaven knytter seg direkte opp mot et kontraktsbrudd og utmålingen av erstatning for dette. Derfor finnes det naturlig å avgrense mot de problemstillingene som kan oppstå dersom en av partene opptrer på en måte som også innebærer brudd på delikt, selv om det kanskje kan oppstå enkelte spørsmål om erstatningsklausulens rekkevidde også i denne sammenheng.

Avhandlingen tar heller ikke sikte på å behandle kontraktsforhold der forbrukerhensyn gjør seg gjeldende. For slike forhold må det gjøres særskilte vurderinger av klausulenes rekkevidde som vanskelig kan få plass i en avhandling av begrenset omfang. Dessuten må det antas at denne typen kontraktsforhold i mindre grad berøres av oppgavens hovedproblemstilling.

### 1.3 Erstatningsklausuler og liknende klausuler

I tillegg til de presiseringer og avgrensninger som er gjort ovenfor, kan det gjøres noen bemerkninger rundt klausuler som har visse likhetstrekk med erstatningsklausulene. Erstatningsklausulene regulerer erstatningsutmålingen for et fremtidig kontraktsbrudd. Erstatningsklausulen må således være avtalt før det mislighold den angår, har funnet sted.<sup>3</sup> Tilfeller der betalingsplikten avtales for et allerede inntrådt kontraktsbrudd faller dermed utenfor avhandlingens tema. Denne typen avtaler er det nærliggende å sammenlikne med forliksavtaler. Forliksavtalen er imidlertid en egen avtale, og dersom det er inntatt en erstatningsklausul for brudd på fremtidige plikter nedfelt i denne, vil dette omfattes av avhandlingens tema.

En annen sonndring kan gjøres mot klausuler som søker å allokere risikoen for kontraktsbrudd eller skadevoldende handlinger på andre måter enn å fikse erstatningen for dette. En ”indemnity”-klausul<sup>4</sup> vil kunne oppnå mye av de samme effektene som en erstatningsklausul, men skiller seg fra erstatningsklausulene på flere vesentlige punkter. Ved en ”indemnity”-klausul påtar den ene kontraktsparten seg en forpliktelse til å holde den andre parten skadesløs for nærmere angitte forhold. Slike klausuler vil ikke bare kunne knytte seg til kontraktsbrudd, men en kan også ta på seg ansvaret for andre omstendigheter, herunder ansvar for andres mislighold eller deliktsbrudd som en ellers ikke ville hatt. Det som i det vesentlige skiller ”indemnity”-klausuler fra erstatningsklausuler er at vilkårene

---

<sup>3</sup> Se Stang (1929) s. 202

<sup>4</sup> Se nærmere om ”indemnity”-klausuler i Bjerketveit (2008)

for utbetaling under en ”indemnity”-klausul gjennomgående er strengere enn for erstatningsklausulene. Utgangspunktet for erstatningsklausulene er at det er tilstrekkelig at det foreligger et kontraktsbrudd som er omfattet av klausulen. Den krenkede part trenger således normalt ikke bevise noe økonomisk tap for å gjøre krav gjeldende, og de alminnelige erstatningsutmålingsregler har derfor ikke sin sedvanlige funksjon. Ved ”indemnity”-klausuler kommer som hovedregel de alminnelige erstatningsvilkårene og utmålingsprinsippene inn ved vurderingen av det beløp som kan kreves. Slike klausuler vil derfor ikke behandles nærmere i denne avhandlingen.

Det må videre skilles mellom erstatningsklausuler som utmåler et bestemt beløp på forhånd, og klausuler som på forhånd setter et maksimumsbeløp på et eventuelt erstatningsbeløp - ansvarsbegrensninger. For begge klausuler gjelder for så vidt at realkreditor vanligvis ikke kan kreve mer enn det fastsatte beløp. Igjen er den vesentlige forskjellen at det i det sistnevnte tilfellet er en forutsetning for erstatningsplikt at tapet tilfredsstiller de alminnelige vilkår for erstatning, med det angitte beløp som et tak på erstatningskravet. Imidlertid kan erstatningsklausulen gi anvisning på et lavt beløp, eller erstatningen kan tenkes utmålt kvantitativt etter kontraktsbruddets størrelse, men oppad begrenset til et visst nivå. I lys av det faktiske tapet kan slike klausuler ha en ansvarsbegrensende effekt. I forhold til slike erstatningsklausuler vil de alminnelige reglene for ansvarsfraskrivelse behandles.

En annen variant som kan likne på erstatningsklausulene, er klausuler som fastsetter en erstatning, men samtidig krever at det bevises et økonomisk tap av et visst omfang. For eksempel er det fastsatt erstatning for et kontraktsbrudd på 100 forutsatt at realkreditor kan bevise tap for 20 eller mer, samtidig som realkreditor fraskriver seg retten til å kreve erstatning etter alminnelige regler. Klausulen vil her fungere som en ansvarsfraskrivelse for tap mindre enn 20 eller over 100, mens ansvaret skjerpes for tap mellom 20 og 100. Selv om klausulen her fastsetter erstatningen til 100, har den lite til felles med erstatningsklausulene siden det må føres bevis for tapet, og behandles ikke videre i avhandlingen.



## 1.4 Prosjekttilknytning og avhandlingens rettskildemateriale

### *Anglo-American Contract Models*

Denne oppgaven er et ledd i et prosjekt med tittelen ”Anglo-American Contract Models and Norwegian or Other Civil Law Governing Law” ved Institutt for Privatrett, UiO.<sup>5</sup>

Prosjektet setter søkelys på de vanskeligheter som oppstår der partene adopterer formuleringer fra angloamerikanske kontraktsmodeller for å regulere deres rettsforhold, selv om kontrakten skal håndheves og tolkes etter for eksempel norsk rett.

Kontraktsmodellene som analyseres er utviklet med common law som bakgrunn, og det kan oppstå tolkningsspørsmål når disse er forutsatt å skulle tolkes i et rettssystem basert på civil law. Prosjektets hovedformål er å oppstille en systematisk oversikt over slike vanskeligheter, som kanskje kan være i strid med partenes forventninger ved bruken av en common law-inspirert kontrakt underlagt civil law.<sup>6</sup> Får å oppnå dette vurderes typiske klausuler som danner slike vanskeligheter ved å analysere den funksjon klausulen fyller under common law (hovedsakelig engelsk rett), og om klausulen kan fylle tilsvarende funksjon under civil law (hovedsakelig norsk rett).<sup>7</sup> Prosjektet benytter seg av en gruppe faste rådgivere ved fastleggelsen av klausulens opprinnelige funksjon i common law. Her kan nevnes Mr Edwin Peel, Keble College, som rådgiver i engelsk rett, og Mr Edward T. Canuel, U.S. Embassy in Oslo, som rådgiver i amerikansk rett.<sup>8</sup> Formålet med undersøkelsen i common law er å bedre forstå hvorfor klausulene har fått den utformingen de har i sin opprinnelige kontekst. Som et resultat av sammenlikningen må det også vurderes om forskjeller i klausulens funksjon kan unngås gjennom tolkning eller ved kontraktsmessige grep.

---

<sup>5</sup> Heretter ”prosjektet”. For nærmere informasjon, se Moss (2007) eller prosjektets nettside:

[http://www.jus.uio.no/ifp/anglo\\_project/index.html](http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/index.html)

<sup>6</sup> Se nærmere Moss (2007) s. 7

<sup>7</sup> Se Moss (2007) s. 7-8

<sup>8</sup> Se nærmere om prosjektets rådgivere og metode i Moss (2007) s. 12 ff.

Nærværende avhandling søker å behandle erstatningsklausulene ”liquidated damages” og ”penalties” innenfor denne rammen. I sammenheng med vurderingen av klausulenes effekt vil også såkalte ”sole remedy”-klausuler bli gjenstand for nærmere vurdering. Hovedvekten ved behandlingen av common law vil ligge på engelsk rett, men det gjøres også undersøkelser av amerikansk rett. Behandlingen av sivilrettslige rettsystemer begrenser seg til norsk rett. Likevel trekkes enkeltvis løsninger i andre nordiske land inn ved fastleggelsen av innholdet i norsk rett. Avhandlingens omfang gjør at videre undersøkelser i andre rettsystemer blir vanskelig gjennomførbart.

#### *Kort om avhandlingens rettskildebruk*

Prosjektets formål medfører at avhandlingen får en litt spesiell rettskildeforankring. I det følgende gis derfor et par kommentarer i forhold til avhandlingens bruk av rettskilder.

Rettskildene i engelsk og amerikansk rett er i hovedsak funnet via teorien og databaser som Westlaw International og HeinOnline. Behandlingen av reglene i engelsk og amerikansk rett tar utgangspunkt i de rettskildeprinsipper som gjelder der. Av plasshensyn vil det ikke gis noen inngående redegjørelse for prinsippene her. Imidlertid kan det generelt påpekes at disse systemene er basert på common law, som innebærer at rettsreglene i stor utstrekning skapes gjennom domstolenes avgjørelser. Et slikt system nødvendiggjør at domstolenes avgjørelser har sterkere prejudikatsvirkning enn det vi kjenner i norsk rett. Enhver avgjørelse er som hovedregel bindende for en senere avgjørelse om samme rettsspørsmål, både for den domstol som fattet avgjørelsen og dens underordnede instanser.<sup>9</sup> Det må derfor tas hensyn til at rettspraksis har en særegen vekt i common law, og at underrettspraksis kan ha større vekt enn vi er vant til i norsk rett.

Innholdet av reglene som kan utledes av dommene er som regel systematisert i juridisk teori, og i denne oppgaven er det i tillegg til henvisninger til en del sentrale dommer gjort utstrakt bruk av henvisninger til juridisk teori i både engelsk og amerikansk rett.

---

<sup>9</sup> Se nærmere Eckhoff (2001) s. 163-164 og von Mehren (2007) s. 9 ff.

Henvisning til teori fremfor rettspraksis er noen steder gjort for å forenkle fremstillingen, men disse henvisningene må leses på bakgrunn av de dommer som teorien bygger på. Der tidligere dommer ikke løser spørsmålet, vil juridisk teori også kunne være såkalt ”persuasive authority” – de har da betydning etter sin overbevisningskraft.

Av slik ”persuasive authority” i amerikansk rett kan særlig Restatement of Contracts<sup>10</sup> nevnes. I prinsippet har ikke verket større vekt enn annen juridisk litteratur, og i mange tilfeller gir nok verket uttrykk for loven slik den bør være fremfor loven slik den er. Likevel later verket til å ha innflytelse på rettspraksis.<sup>11</sup> Verket utgis gjennom American Law Institute, et råd bestående av fremtredende amerikanske jurister. Herbert Goodrich, tidligere leder av rådet, beskrev en gang verket som ”common law ‘persuasive authority’ with a high degree of persuasion”.<sup>12</sup> Avsnittet om ”liquidated damages og ”penalties” i § 356 baserte seg i det vesentlige på UCC<sup>13</sup> § 2-718. Likevel later det til at domstolene i en rekke stater tar utgangspunkt i § 356 ved fastleggelsen av gjeldende rett, også utenfor området for UCC.

Selv om behandlingen av norsk rett vil baseres på alminnelige norske rettskildeprinsipper, kan det knyttes noen bemerkninger til betydningen av fremmed lands rett ved vurderingen av kontrakter under norsk rett. Fremmed rett kan tenkes å ha betydning ved kontraktstolkning i norsk rett særlig på to måter.<sup>14</sup> Den ene måten er at den fremmede retten kan være såpass lik norsk rett at det kan være berettiget å gjøre tilsvarende synspunkter gjeldende her. Det grunnleggende skillet mellom common law og civil law gjør at det er lite nærliggende på denne måten å vektlegge engelsk eller amerikansk rett ved tolkningen av norsk rett. I forhold til avhandlingens tema kan dette imidlertid være mer nærliggende for annen nordisk rett, fordi det på obligasjonsrettens område tradisjonelt har foregått omfattende lovsamarbeid mellom landene.<sup>15</sup> Retten i de øvrige nordiske land bør derfor tillegges betydning som rettskilde ved fastleggelsen av norsk rett.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> *Restatement of the law, second, contracts 2d* (1981)

<sup>11</sup> Heggberget (2000) s. 272

<sup>12</sup> Goodrich, Herbert *Restatement and Codification*. I: David Dudley Field Centenary Essays (A. Reppy ed. 1949) s. 244-245. Sitert etter Farnsworth (2004) vol I s. 33.

<sup>13</sup> Uniform Commercial Code

<sup>14</sup> Høgberg (2006) s. 181

<sup>15</sup> Kjøpsloven (1907) og avtaleloven (1918) var eksempelvis resultat av slikt nordisk samarbeid.

Den andre måten som kan gjøre at fremmed rett kan tenkes å ha betydning, er at kontrakten har sin bakgrunn i disse rettssystemene.<sup>17</sup> Dette kan medføre at engelsk eller amerikansk rett likevel får betydning for vurderingen av ”liquidated damages” og ”penalties” i norsk rett. Dette har nok større implikasjoner ved internasjonale standardkontrakter enn i enkeltforhandlede avtaler der avtalen forutsettes å følge norsk rett. I førstnevnte tilfelle gjør hensynet til rettsenhet seg gjeldende i større grad, og synspunkter som fremmer engelske eller amerikanske tolkningsløsninger kan kanskje ha noe for seg.<sup>18</sup> For de enkeltforhandlede avtaler gjør slike hensyn seg ikke gjeldende med tilsvarende styrke. Gjennom å la rettsforholdet være regulert av norsk rett, bør partene godta at norsk rett gjelder fullt ut også i tolkningsprosessen. Siden tolkningstradisjonen i norsk rett er formålsoorientert, er det imidlertid ikke utelukket at en norsk domstol foretar en engelsk eller amerikansk tolkning av en klausul dersom det er på det rene at dette nettopp var partenes formål. Men et slikt felles formål kan være vanskelig å finne når partene samtidig har gått med på at kontrakten skal anvendes etter norsk rett. Nettopp dette poenget skaper de vanskeligheter avhandlingen har til formål å belyse.

I det følgende vil gjennomgangen av engelsk og amerikansk rett derfor ikke ha noe rettskildemessig formål. Redegjørelsen for engelsk og amerikansk rett tar imidlertid del i den analysen som gjøres av klausulens funksjon i henholdsvis common law og norsk rett. Formålet med analysen er som nevnt er å forstå hvorfor klausulene er utformet slik de er i sin opprinnelige rettslige kontekst, før en vurderer klausulenes effekt i norsk rett.

---

<sup>16</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 78 og Høgberg (2006) s. 181

<sup>17</sup> Se nærmere Solvang (2008) s. 21 ff. og Høgberg (2006) s. 182

<sup>18</sup> Således Krüger (1989) s. 886. Se likevel Solvang (2008) s. 74 der han for standarddokumenter innen skipsfarten konkluderer med at det etter hans syn ”er lite tilrådelig å skulle anvende tolkningsmodeller som medfører at engelske eller amerikanske tolkningsløsninger uten videre legges til grunn ved tolkning under norsk rett”.

Ved fastleggelsen av norsk rett kan likevel andre kilder av internasjonal karakter tenkes å ha betydning. At kilder med tilknytning til CISG<sup>19</sup> har relevans ved fastleggelsen av norsk rett ved tolkning av kontrakter som omfattes av konvensjonen, følger direkte av at Norge statsrettslig er bundet til denne. Men også andre internasjonale instrumenter som UNIDROIT<sup>20</sup> og PECL<sup>21</sup> kan ha betydning ved fastleggelsen av norsk rett. Dette er prinsipper som ikke tilsikter å være folkerettslig bindende. Prinsippene er heller anbefalte løsninger for kontraktsretten generelt, uten annen vekt enn deres overbevisningskraft.<sup>22</sup> Der norsk rett har motstridende løsninger, kan ikke prinsippene ha noen særlig vekt. Prinsippene kan imidlertid innebære tolkningsløsninger som er sammenfallende med norsk rett, og løsningene kan da innebære en viktig informasjonskilde og kanskje også være et forsterkende element til en rettsoppfatning som ellers må forankres i alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.<sup>23</sup> Det er imidlertid tilfeller der norsk rett fremstår som uklar at prinsippene antakelig har størst betydning.<sup>24</sup> Ved fastleggelsen av norsk rett i forbindelse med erstatningsklausulene kan det derfor være relevant å vise til de løsninger som finnes i disse prinsippene, men deres vekt avhenger av det konkrete tolkningsspørsmål. Siden prinsippene i det vesentlige er sammenfallende i forhold til avhandlingens tema, vil det i det følgende vises til UNIDROIT.

På et område av kontraktsretten som denne avhandlingen befatter seg med, kontraktsklausuler som er blitt transplantert fra fremmede rettsystemer, kan prinsippene også innebære en rimelig tilpasning til norsk rett.<sup>25</sup> Erstatningsklausulene er imidlertid velkjente i norsk rett, og dette synspunktet gjør seg derfor i mindre grad gjeldende.

---

<sup>19</sup> The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)

<sup>20</sup> *UNIDROIT Principles of International Commercial contracts* (2004)

<sup>21</sup> *Principles of European Contract Law* (2002)

<sup>22</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 61

<sup>23</sup> Se Heggberget (2000) s. 302

<sup>24</sup> *ibid.* s. 304

<sup>25</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 63

I forlengelsen av dette kan avhandlingens bruk av andre standardkontrakter kommenteres. Avhandlingen forsøker primært å drøfte virkningen av erstatningsklausuler i enkeltforhandlede avtaler, og ikke innholdet i standardkontrakter med mer eller mindre grenseoverskridende karakter. Innholdet av standardkontrakter på et kontraktsområde kan likevel være egnet til å belyse rettstilstanden for kontraktsområdet også når det dreier seg om enkeltforhandlede avtaler. Standardkontraktene kan gjenspeile en kontraktspraksis som er allment akseptert, og kan tenkes å være en rettskilde på allment grunnlag spesielt der kontraktsområdet savner annen regulering.<sup>26</sup> Standardkontrakter som gir uttrykk for kontraktspraksis vil også kunne være et tolkningsmoment ved fastleggelsen av urimelighetsstandarden i avtalelovens § 36 for en konkret avtale.<sup>27</sup>

## 1.5 Generelle bemerkninger om erstatningsklausulene

### 1.5.1 Begrepene "liquidated damages" og "penalties"

Med utgangspunkt i prinsippet om avtalefrihet, har det i common law lenge vært vanlig å forhåndsavtale erstatning for et fremtidig mislighold. Imidlertid vil ikke enhver slik avtaleklausul gis effekt under common law. For engelsk retts vedkommende kan en generelt si at dersom partene i kontrakten avtaler at den misligholdende part i tilfelle av kontraktsbrudd skal betale et spesifisert beløp til den andre, vil summen enten bli klassifisert som en "penalty" (som ikke gis effekt) eller som "liquidated damages" (som gis effekt).<sup>28</sup> Tilsvarende gjelder i amerikansk rett.<sup>29</sup> Av denne grunn er det uvanlig å betegne erstatningsklausulen som en "penalty" i en kontrakt underlagt common law. Skillet mellom "liquidated damages" og "penalties" tar som redegjort for nedenfor imidlertid utgangspunktet i klausulens formål, ikke i dens betegnelse.<sup>30</sup> Klausuler som søker å gi en rimelig erstatning anses som "liquidated damages", mens klausuler som skal sikre mot

---

<sup>26</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 60

<sup>27</sup> Jf. Woxholth (2006) s. 354 og Hagstrøm (2003) s. 296

<sup>28</sup> Jf. *Chitty on contracts* (2004) s. 1489

<sup>29</sup> Se Restatement of Contracts § 356

<sup>30</sup> Jf. *Dunlop v New Garage* [1915] A.C. 79, 86

ikke-oppfyllelse klassifiseres som ”penalty”. Skilleets rettslige forankring, samt nærmere om når en erstatningsklausul rubriseres i den ene eller andre kategori, krever en særskilt drøftelse som utsettes til avsnitt 2.1.

Dersom en klausul etter rettens vurdering er en ”penalty”, er rettsvirkningen at realkreditor må basere seg sitt erstatningskrav på alminnelig kontraktserstatning isteden.<sup>31</sup> Resten av kontraktens rettigheter og plikter vil i utgangspunktet være uberørt av rubriseringen av klausulen. Rettsvirkningene av at klausulen er en ”liquidated damages” er i første rekke at realkreditor kan kreve det avtalte beløp uten nærmere vurdering av hans tap. Om klausulen i tillegg ekskluderer realkreditors krav på erstatning etter alminnelige regler eller andre misligholdsbeføyelser, vil bli gjenstand for nærmere drøftelser.

Det engelske begrepet ”liquidated damages” står også i motsetning til begrepet ”unliquidated damages”.<sup>32</sup> Sistnevnte betegner erstatning der størrelsen på erstatningen av forskjellige grunner enda ikke er fastslått.<sup>33</sup> Ved ”liquidated damages” har partene derimot avtalt erstatningsutmålingen for kontraktsbrudd på forhånd. I sammenheng med erstatningsklausulene er det vanlig å bruke ”unliquidated damages” om de krav på erstatning som ikke baseres på avtalens ”liquidated damages”.<sup>34</sup> I realiteten innebærer ”liquidated damages” en avtalt misligholdsbeføyelse, og de medfører regelmessig et avvik fra de alminnelige erstatningsutmålingsprinsippene. Klausulene kan være gjensidige for begge parter, eller de kan begrenses til mislighold fra en av partene, i praksis realdebitor. Som nærmere behandlet nedenfor, kreves det vanligvis ikke at realkreditor kan bevise noe økonomisk tap for å kreve det avtalte beløp.

---

<sup>31</sup> Jf. McGregor (2003) s. 429

<sup>32</sup> Se *Black's law dictionary* (1990) s. 393

<sup>33</sup> I.c.

<sup>34</sup> Se eksempelvis McGregor (2003) s. 427

Erstatningsklausulene kan i prinsippet knyttes til mislighold av alle typer kontraktsforpliktelser: positive og negative forpliktelser, hoved- og biforpliktelser og real- og pengeforpliktelser.

Erstatningsklausuler knyttet til mislighold av pengeforpliktelser, med den avtalte forsinkelsesrenten som det mest praktiske eksempel, har i norsk rett tradisjonelt vært gjenstand for egen behandling.<sup>35</sup> Det vil føre for langt i en avhandling av begrenset omfang å gå videre inn i slike problemstillinger. Av denne grunn vil avhandlingen ta utgangspunkt i at erstatningsklausulen knyttes til en realforpliktelse. De særlige problemstillinger som reiser seg for erstatningsklausuler knyttet til pengeforpliktelser, vil derfor ikke bli behandlet.

Erstatningsklausulene gir som regel anvisning på en positiv ytelse. I praksis dreier dette seg om pengebeløp, men det må nok antas at den rettslige vurderingen av klausulen er den samme dersom man isteden velger å spesifisere en annen ytelse enn et pengebeløp, jf. *Jobson v Johnson*.<sup>36</sup> Dommen omhandler en ”penalty”, men synspunktet er antatt også for ”liquidated damages” i engelsk teori.<sup>37</sup> Således kan det for eksempel avtales at realdebitor ved forsinkelse skal levere et større kvantum enn opprinnelig avtalt, men ikke i større utstrekning enn forbudet mot ”penalties” under common law tillater.

Den som er berettiget etter erstatningsklausulen vil heretter betegnes som realkreditor, selv om han i de fleste tilfeller er pengekreditor etter erstatningsklausulen. Årsaken til dette er at han etter avhandlingens utgangspunkt er realkreditor i forhold til den opprinnelige forpliktelsen. Tilsvarende vil den forpliktete etter erstatningsklausulen omtales som realdebitor. Der det redegjøres for alminnelige regler uten direkte tilknytning til en erstatningsklausul, vil også begrepene skadelidte/skadevolder og den krenkede part/misligholdende part benyttes om avtalepartene i tråd med allmenn språkbruk.

Det gjøres ikke et tilsvarende skille mellom ”liquidated damages” og ”penalties” i norsk rett. Erstatningsklausulene er i utgangspunktet like gyldige, selv om det finnes

---

<sup>35</sup> Således Arnholm (1978) § 28 III, Augdahl (1984) kapittel 21 og Hagstrøm (2003) kapittel 21

<sup>36</sup> [1989] 1 W.L.R. 1026 (CA). Her ble en klausul om tilbakeføring av aksjer ved mislighold ansett å være en ”penalty”. Tilsvarende for norsk rett Hagstrøm (2003) s. 651.

<sup>37</sup> Se McGregor (2003) s. 423 og Treitel/Peel (2007) s. 1079



begrensninger i avtalefriheten også hos oss. Disse begrensningene drøftes under merkelappen ”avtalerevisjon” i pkt 4.4. Likevel gjøres det, som vi senere skal se, bruk av skillet mellom klausuler som søker å fastsette en erstatning for realkreditor og klausuler som tilsikter å straffe realdebitor, ved tolkningen av erstatningsklausuler i norsk rett. Dermed kan det tenkes at betegnelsene ”liquidated damages” og ”penalty” om kontraktens erstatningsklausul kan ha betydning for tolkningen og effekten i norsk rett.

### 1.5.2 Nødvendigheten av kontraktsbrudd

En klausul klassifiseres som ”liquidated damages” eller ”penalty” utelukkende når hendelsen som medfører forpliktelser etter klausulen utgjør et fremtidig kontraktsbrudd mellom partene.<sup>38</sup> Det er altså en forutsetning om kontraktsbrudd for at klausulen skal være en erstatningsklausul. I likhet med den alminnelige erstatningsbeføyelsen er erstatningsklausulene subsidiære - forpliktelsene som oppstilles forutsetter mislighold av en nærmere bestemt kontraktsforpliktelse. Det kan for eksempel være avtalt en erstatning for forsinket levering av kontraktsgjenstanden. Her er kontraktsforpliktelsen å levere innen en gitt dato, og den subsidiære er å svare det avtalte erstatningsbeløp. At forpliktelsen er subsidiær er likevel ikke helt treffende, fordi det bringer tankene på at realdebitor kan fri seg fra forpliktelsene ved å erlegge det avtalte beløp. I virkeligheten er det omvendt: Realkreditor kan i mange tilfeller velge om han ønsker å kreve erstatning etter erstatningsklausulen eller gjøre gjeldende andre misligholdsbeføyelser, for eksempel naturaloppfyllelse.<sup>39</sup>

Forutsetningen om kontraktsbrudd innebærer derfor at tilfeller hvor kontrakten oppstiller en alternativ ytelse, slik at debitor kan velge fritt hvilken ytelse han vil levere, ikke fyller definisjonen av en erstatningsklausul. Det foreligger i slike tilfeller intet kontraktsbrudd dersom den ene eller annen ytelse leveres. I praksis virker det likevel som om slike

---

<sup>38</sup> Jf. Anson (2002) s. 628, *Chitty on contracts* (2004) s. 1495 og Restatement of Contracts §356

<sup>39</sup> Se nærmere nedenfor 2.3.3.

alternative ytelser granskes nøye i engelsk og amerikansk rett for å se om de i realiteten er ment å utgjøre en erstatningsklausul fremfor en ren alternativ ytelse.<sup>40</sup>

Når en avtalt pengesum skal ses på som en subsidiær forpliktelse i tilfelle kontraktsbrudd og når den skal ses på som en alternativ ytelse kan i mange tilfeller by på problemer.<sup>41</sup> Fra en praktikers ståsted kan det argumenteres for at "liquidated damages" i mange tilfeller fungerer som en alternativ ytelse. Særlig vil dette synspunktet kunne gjøres gjeldende dersom den avtalte erstatningen utgjør realkreditors "sole remedy", i og med at misligholder ikke risikerer andre sanksjoner for sitt kontraktsbrudd (se mer nedenfor 1.5.4). I realiteten blir det opp til realdebitor om han ønsker å levere naturalytelsen eller den subsidiære erstatningen. Også der andre beføyelser enn erstatning er utelukket etter bakgrunnsrettens regler, får erstatningsklausulen slik effekt. Hvorvidt erstatningsklausulen kan få en slik effekt også når andre misligholdsbeføyelser etter bakgrunnsretten ville vært aktuelle, behandles nedenfor 2.3.3.

Selv om synspunktet i slike tilfeller rekker et stykke for praktiske formål, kan det likevel ikke bli riktig å omtale slike erstatningsklausuler som alternative ytelser. For det første innebærer ikke klausulen at partene kan se bort fra de begrensninger som ligger i adgangen til å fastsette erstatningen på forhånd, eksempelvis gjennom forbudet mot "penalties" i common law. Videre vil ikke levering av en alternativ ytelse stemples som kontraktsbrudd, mens dette som nevnt er en forutsetning ved forpliktelser etter erstatningsklausulen. Den virkelige alternative ytelsen underlegges derfor en helt annen vurdering enn erstatningsklausulen, og behandles ikke nærmere her.

For det andre utelukker forutsetningen om kontraktsbrudd tilfeller der omstendigheten som utløser erstatningsbeløpet er et kontraktsbrudd, men ikke i avtalen mellom den forpliktete og den berettigete etter klausulen. For eksempel har den ene parten C forpliktet seg i et kontraktsforhold med A til å utbetale til A et bestemt beløp dersom B ikke oppfyller sine forpliktelser i et annet kontraktsforhold med A. Forutsatt at kontrakten mellom A og C ellers er gyldig, kan A kreve det avtalte beløp av C uten hensyn til regelen om "penalties". Således ble det i *Export Credits Guarantee v Universal Oil*<sup>42</sup> uttalt for et liknende tilfelle at "[t]he clause was not a penalty clause because it provided for payment of money upon the happening of a specified event other than a breach of a contractual duty owed by the

---

<sup>40</sup> Se. McGregor (2003) s. 480 og Restatement of Contracts § 356 comment c.

<sup>41</sup> Jf. Gorton (2005) s. 76

<sup>42</sup> [1983] 1 W.L.R. 399

contemplated payor to the contemplated payee”.<sup>43</sup> Er klausulen ikke knyttet til et kontraktsbrudd mellom partene er det nærliggende isteden å klassifisere klausulen som en ”guarantee”.<sup>44</sup>

Overnevnte åpner tilsynelatende for en mulighet til å omgå regelen om ”penalties” i common law ved å bringe innen tredjepart, eksempelvis et datterselskap, i avtalekomplekset. Da kan erstatningen heller avtales som en garanti enn en erstatningsklausul. Rett nok omgår man regelen mot ”penalties”, men dette betyr ikke at realkreditor blir bedre stilt enn etter ”liquidated damages”. I engelsk rett er det antatt at den A som i eksempelet over får utbetalt mer enn sitt faktiske tap som følge av Bs kontraktsbrudd, som regel må fralegge seg denne berikelsen etter andre regler.<sup>45</sup> Slike problemstillinger faller imidlertid utenfor avhandlingens tema, og behandles ikke nærmere.

### 1.5.3 Erstatningsklausuler under common law i praksis

”Liquidated damages” er praktiske i en rekke forskjellige kontraktstyper. I certepartier er det vanlig med overliggedagpenger dersom skipet blir liggende for lenge i havn (demurrage).<sup>46</sup> Likeledes er det i entreprisekontrakter, både til sjøs og på land, ofte avtalt en daglig eller ukentlig sum for forsinkelse.<sup>47</sup> I arbeidskontrakter, der særlige hensyn riktignok gjør seg gjeldende, kan ”liquidated damages” benyttes som en effektiv beføyelse mot

---

<sup>43</sup> [1983] 1 W.L.R. 399, 402. Tilsvarende for norsk rett Stang (1929) s. 200

<sup>44</sup> [1983] 1 W.L.R. 399, 403

<sup>45</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 1081

<sup>46</sup> Se for eksempel Aktieselskapet Reidar v Arcos [1927] 1 K.B. 352 (CA), der for sen lossing blant annet medførte krav på overliggedagpenger.

<sup>47</sup> Se for eksempel Clydebank v Castenada [1905] A.C. 6, hvor det for bygging av skip var avtalt £ 500 per skip per uke forsinkelse.

overtredelse av konkurranseklausuler eller uberettiget opphør av arbeidsforholdet.<sup>48</sup>

”Liquidated damages” kan også finne sin anvendelse i kjøpsavtaler.<sup>49</sup>

Klausuler av denne art kan være forskjellig utformet i den enkelte kontraktstype og etter forholdene omkring den konkrete kontrakt. Et eksempel på utformingen av ”liquidated damages” kan man finne gjengitt i *Dunlop v New Garage*:<sup>50</sup>

”We agree to pay to the Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd., the sum of 5l. for each and every tyre, cover or tube sold or offered in breach of this agreement, as and by way of liquidated damages and not as a penalty, but without prejudice to any other rights or remedies you or the Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd., may have hereunder.”

Som eksempelet gir uttrykk for, er det i kontraktspraksis vanlig at partene presiserer at klausulen er ”liquidated damages” og ikke en ”penalty”, i et forsøk på å hindre at regelen om ”penalties” kommer på spissen.<sup>51</sup> Som vi kommer tilbake til har dette begrenset rettslig effekt.<sup>52</sup> Generelt vil den nærmere utformingen avhenge av den rekkevidden partene ønsker klausulen skal ha, både i forhold til hvilke mislighold som omfattes av bestemmelsen, og hvilke rettigheter som ellers kan gjøres gjeldende for det omfattede kontraktsbrudd. I overnevnte eksempel kan en kanskje spørre seg når et bildekk er ”offered in breach of this agreement”. Denne type problemstillinger drøftes generelt nedenfor 2.2.

I det nevnte eksempelet fremgår videre at betaling av ”liquidated damages” skjer ”without prejudice to any other rights or remedies”. Således skulle en anta at erstatningsklausulen skal være uten innvirkning på realkreditors øvrige misligholdsbeføyelser. En annen måte å avklare forholdet til øvrige misligholdsbeføyelser på, er å innta en ”sole remedy”-klausul,

---

<sup>48</sup> Se som eksempel på sistnevnte *Arrowhead School v James Klyap* 318 Mont. 103 (Mont. 2001)

<sup>49</sup> Se for eksempel *Jeancharm Ltd. v Barnet FC* [2003] EWCA Civ 58 (CA), der det var avtalt erstatning for sen levering av fotballutstyr.

<sup>50</sup> [1915] A.C. 79, 81.

<sup>51</sup> Se også Gorton (2005) s. 86

<sup>52</sup> [1915] A.C. 79 på s. 86

som innebærer at erstatningsklausulen er realkreditors eneste beføyelse. I mangel av slike, eller liknende, reguleringer i avtalen, kan det oppstå tolkningsspørsmål om klausulens rekkevidde i forhold til bakgrunnsretten. Problemstillinger i forbindelse med øvrige misligholdsbeføyelser drøftes nærmere nedenfor 2.3.

#### 1.5.4 Begrepet "sole remedy"

Partene har med utgangspunkt i prinsippet om kontraktsfrihet adgang til å spesifisere hvilke misligholdsbeføyelser realkreditor ikke kan gjøre gjeldende. I den grad partene ønsker å spesifisere at erstatning utmålt etter erstatningsklausulen skal være den eneste beføyelsen realkreditor har overfor misligholder etter et kontraktsbrudd, kan dette gjøres ved en "sole remedy"-klausul. Direkte oversatt betyr begrepet "eneste misligholdsbeføyelse". En slik klausul kan gjøres til en integrert del av utmålingsbestemmelsen, eller den kan være inntatt i en separat bestemmelse.

Andre formuleringer med tilsvarende meningsinnhold kan være "exclusive remedy" eller "exhaustive remedy". I denne avhandlingen benyttes "sole remedy" som betegnelse på denne type klausuler, men drøftelsene vil likevel kunne ha tilsvarende gyldighet for klausuler med samme innhold. Avhandlingen vil redegjøre for hvordan denne type klausuler virker i sammenheng med erstatningsklausuler.

#### 1.5.5 Erstatningsklausulenes formål

##### *Innledning*

Erstatningsklausulen kan utmåle et rimelig erstatningsbeløp. Avhengig av erstatningsklausulens utforming og det faktiske hendelsesforløp kan den fungere som et sterkt oppfyllelsespress på realdebitor. I andre tilfeller kan den fungere som en ansvarsbegrensning. Hvordan disse tre hovedformål gjenspeiles, og hvilke andre effekter som oppnås, redegjøres for i det følgende med utgangspunkt i skillet mellom "liquidated damages" og "penalties". Selv om formålsbetraktningene tar utgangspunkt i de engelske uttrykkene, er meningen å gi en oversikt over formålene uten hensyn til hvilket rettssystem

klausulene skal anvendes under. Til slutt kommenteres også hvilke formål som kan ligge bak en ”sole remedy”-klausul.

### *”Liquidated damages”*

Ved å forhåndsavtale en rimelig erstatning unngår partene at retten, på bakgrunn av alminnelige regler for utmåling av erstatningen, på et senere tidspunkt fastsetter størrelsen på erstatningen som skal utgå av kontraktsbruddet. En øyeblikkelig samfunnsøkonomisk effekt er at rettsapparatet spares for ofte kostbare og tidkrevende vurderinger knyttet til om det foreligger et erstatningsmessig tap.<sup>53</sup> Slike klausuler vil derfor kunne begrense antallet saker som kommer for domstolene og begrense omfanget av de saker som likevel fremmes.

Partenes underliggende formål med ”liquidated damages” kan være mangefaseterte. Ved kontraktsinngåelsen kan klausulen ha en betydelig effekt i forhold til transaksjonskostnadene. For begge parter vil en slik klausul bidra til å forenkle risikovurderingen i kontrakten. Dette vil for det første kunne lette forhandlingsprosessen, fordi partene slipper å tillegge usikkerhet rundt konsekvensen av eventuelle mislighold vekt ved sin vurdering av kontraktens lønnsomhet. For det andre vil en slik stipulering kunne medføre enklere og billigere forsikringsmuligheter, særlig der kontraktsbruddet innebærer risiko for store tap for den ene part.

Der mislighold er et faktum, forhindrer klausulen tvist om erstatningens størrelse. Klausulen vil da ha et konfliktløsende formål.<sup>54</sup> De kan også være egnet til å effektivisere kompensasjon for brudd på forpliktelser hvor kravet til å bevise økonomisk tap gjør den alminnelige erstatningsbeføyelsen mindre egnet. Et eksempel er kontrakter som foreskriver at realdebitors oppfyllelshandlinger skal følge et etisk minstenivå, eller der det er inntatt et eksplisitt forbud mot barnearbeid eller liknende. Tap som følge av brudd på slike forpliktelser kan være vanskelig å fastslå, og ”liquidated damages” kan bidra til at slike forpliktelser blir effektive.

---

<sup>53</sup> Se Farnsworth (2004) vol. III s. 301

<sup>54</sup> Jf. Olsen (1993) s. 30

”Liquidated damages” bidrar således til å unngå risikoen for underkompensasjon. I tilfeller der regler om tapets erstatningsmessighet ellers ville begrenset erstatningen mot for eksempel indirekte eller inadekvate tap, oppnås også en slik effekt. Således kan klausulen være en mer fleksibel løsning enn den tradisjonelle erstatningsbeføyelsen.<sup>55</sup> I realiteten vil ”liquidated damages” da allokere risikoen for denne typen tap. En sideeffekt av dette er at realkreditor får større sikkerhet for at realdebitor oppfyller kontrakten. Hvor langt man kan gå under common law i å fastsette erstatning for slikt tap, avhenger av rekkevidden av forbudet mot ”penalties”.<sup>56</sup> På den annen side kan ”liquidated damages” også fungere som en ansvarsbegrensning, dersom den avtalte erstatning er mindre enn den som ville vært utmålt på alminnelig grunnlag. Dersom det er tilfellet er det realdebitor som nyter fordel av klausulen.

Oppsummeringsvis kan det sies at de overnevnte effektene av ”liquidated damages” vil i hver sin form bidra til å øke forutberegneligheten og effektiviteten i kontraktsforholdet gjennom å fastlegge konsekvensene av et fremtidig mislighold mer nøyaktig enn bakgrunnsretten er i stand til.

### *”Penalty”*

”Penalties” kjennetegnes ved at de har til formål å innebære et oppfyllelsespress på realdebitor utover den alminnelige erstatningsbeføyelsen. Ved å avtale en ”penalty” vil en forsøke å tvinge realdebitor til å oppfylle kontrakten. Således vil realkreditor få en større sikkerhet for at kontrakten oppfylles. Generelt kan det sies at jo større beløpet er i forhold til det forventete tapet som følge av et kontraktsbrudd, desto mer effektiv vil en ”penalty” være. Dette vil være en positiv effekt der realkreditor finner at vanlig erstatning ikke strekker til for å ivareta hans interesser i oppfyllelse av kontrakten. Dette vil kunne være tilfellet der ytelsen har stor subjektiv verdi for kreditor, eller det kan være at kontrakten inneholder etiske forpliktelser med hensyn til oppfyllelseshandlingene hvor alminnelig

---

<sup>55</sup> Heggberget (2001) s. 317

<sup>56</sup> Farnsworth (2004) vol. III s. 301

erstatning kan komme til kort som oppfyllellespress. En ”penalty” kan sørge for at slike forpliktelser blir svært effektive.

Realkreditor vil kunne være villig til å yte et større vederlag for ytelsen eller godta andre kontraktsvilkår som er fordelaktige for realdebitor for å få denne sikkerheten for riktig oppfyllelse.<sup>57</sup> Således vil realdebitors utsikter til profitt kunne øke. Gjennom ”penalties” kan partene verdsette mangelfri og rettidig ytelse på en annen måte enn de alminnelige erstatningsprinsippene skulle tilsi, og kan således gjenspeile partenens interesser i kontraktsgjenstanden mer korrekt.

Videre vil en ”penalty” kunne medføre at realdebitor får en ekstra oppfordring til å unngå kontraktsbrudd, særlig når det kommer til forsettelige eller grovt uaktsomme kontraktsbrudd. Men også andre kontraktsbrudd som skyldes uaktsomhet eller endog hindringer innenfor hans kontroll vil kunne begrenses, han vil i mange tilfeller kunne iverksette forholdsregler for å forhindre at slike hindringer oppstår. ”Penalties” har således en preventiv effekt. Dette styrker prinsippet om at avtaler skal holdes, og bidrar til større effektivitet ved kontraktsavviklingen.<sup>58</sup>

#### *”Sole remedy”-klausuler*

Dersom partene avtaler at erstatningsklausulen skal være realkreditors eneste beføyelse blir det åpenbart for begge parter hva de nøyaktige konsekvenser av eventuelle mislighold vil være. Risikoen for at realkreditor gjør andre misligholdsbeføyelser enn erstatningsklausulen gjeldende, blir eliminert. Som en følge av dette kan forutberegneligheten i kontraktsforholdet bli enda større. En sideeffekt av ”sole remedy” er at realdebitors forpliktelse for alle praktiske formål blir alternativt bestemt. Etter avtalens ordlyd inntreng ingen andre sanksjoner enn den avtalte erstatningsklausulen, dersom kontrakten brytes.

---

<sup>57</sup> Se Heggberget (2001) s. 319

<sup>58</sup> ibid. s. 318



Dersom den avtalte erstatning innebærer en ansvarsbegrensning, vil en ”sole remedy” klausul bidra til at ansvarsbegrensningen blir svært effektiv ved at realkreditor ikke kan søke å benytte andre misligholdsbeføyelser istedenfor erstatning. Kunne for eksempel realkreditor kreve naturaloppfyllelse eller heving med tilhørende restitusjon, kunne ansvarsbegrensningen hatt mindre effekt.

En skulle anta at slike klausuler medfører en betydelig prosessøkonomisk besparelse for begge parter og samfunnet for øvrig. Ved at erstatningsklausulen blir realkreditors eneste beføyelse, vil imidlertid klausulens rekkevidde kunne settes under et sterkt press fra den realkreditor som ser at et kontraktsbrudd får små konsekvenser for realdebitor. Dette kan medføre at det lettere oppstår disputt om hva erstatningsklausulen egentlig omfatter.

## 1.6 Oversikt over avhandlingen videre

Avhandlingen vil i det følgende ta for seg tre hovedaspekter: Først redegjøres for erstatningsklausulene slik de fungerer i common law (2), deretter gis en kort beskrivelse av relevante forskjeller i bakgrunnsretten i common law og norsk rett (3), før erstatningsklausulens tolkning og anvendelse i norsk rett behandles (4). Til slutt vil det foretas en oppsummering av avhandlingens undersøkelser (5) hvor det påpekes i hvilken grad klausulen er egnet til å gi den samme effekten i norsk rett og common law, og om partene kan kontrahere seg rundt eventuelle forskjeller.

## 2 Erstatningsklausuler i common law

### 2.1 Adgangen til å avtale erstatningsklausuler

#### 2.1.1 Erstatningsklausulenes bakgrunn<sup>59</sup>

I dette kapitlet behandles engelsk og amerikansk rett - rettsystemer som tradisjonelt har svært få begrensninger på avtalefriheten. I common law har domstolene imidlertid lenge vært skeptiske til erstatningsklausuler som ikke har sammenheng med realkreditors tap. Misbilligelsen av "penalties" har sin opprinnelse i "equity",<sup>60</sup> og går langt tilbake i tid. Til å begynne med rammet praksisen klausuler der en pengesum var utformet som hovedforpliktelsen, men hvor avtalen fastsatte at forpliktelsen falt bort ved oppfyllelse av de resterende forpliktelser i avtalen. Disse såkalte "penal bonds" bar således, i alle fall på papiret, karakteren av å være kontraktens hovedforpliktelse. Senere ble denne læren plukket opp og anvendt i common law.<sup>61</sup> Etter hvert ble praksisen utvidet til også å ramme klausuler formet som subsidiære forpliktelser betinget av mislighold, og det er slike stipulasjoner som vi vanligvis ser i dagens kontraktsrett.

Den tradisjonelle begrunnelsen for misbilligelsen av "penalties" var at illeggelse av straff var statens reaksjon for brudd på offentlige rettsregler, og at private parter ikke kunne kontraktsfeste straff overfor hverandre.<sup>62</sup> Hovedformålet med en regel mot "penalties" har i nyere tid blitt uttalt å være å forhindre at realkreditor får erstatning som ikke har sammenheng med hans tap.<sup>63</sup> Fra et norsk ståsted kan det spørres om den underliggende

---

<sup>59</sup> Se mer om historikken bak klausulene i McGregor (2003) s. 418 ff. og Farnsworth (2004) vol. III s. 302 ff.

<sup>60</sup> Tidligere hadde det engelske rettsystem to forskjellige domstoler, en som dømte på bakgrunn av rimelighet (court of equity), og en som dømte på bakgrunn av rettsregler (common law courts).

<sup>61</sup> Jf. Anson (2002) s. 624 og Farnsworth vol. III s. 302

<sup>62</sup> Jf. Robertson v Driver's Trustees, (1881) 8 R 555, der det ble uttalt at "the law will not let people punish each other". Sitert etter Treitel (1988) s. 213

<sup>63</sup> Jf. Lord Roskills votum i Export Credits Guarantee v Universal Oil [1983] 1 W.L.R. 399, 403: "My Lords, one purpose, perhaps the main purpose, of the law relating to penalty clauses is to prevent a plaintiff recovering a sum of money in respect of a breach of contract committed by a defendant which bears little or no relationship to the loss actually suffered by the plaintiff as a result of the breach of the defendant."

begrunnelsen kanskje ligger på et mer rimelighetsbasert plan, men dette er det tilsynelatende ikke holdepunkter for å anta i engelsk rett. I amerikansk rett er vurderingen av erstatningsklausulenes gyldighet i dag knyttet opp mot kriteriet ”reasonably”.<sup>64</sup> Det kan imidlertid være usikkert om dette rimelighetskriteriet har selvstendig betydning, og i alle tilfeller om det innebærer en slik bred rimelighetsvurdering vi kjenner fra norsk rett. Innholdet i denne vurderingen er gjenstand for nærmere drøftelser nedenfor. Uansett begrunnelse markerer reglene om ”penalties” et sjeldent skår i kontraktsfriheten under common law, og står i skarp kontrast med den generelle skepsisen mot avtalesensur som en vanligvis finner i disse rettssystemene.

Spørsmålet om en erstatningsklausul er ”liquidated damages” eller en ”penalty” har vært et yndet tema for rettspraksis og teori i engelsk og amerikansk rett. Likevel kan det påpekes at erstatningsklausulene relativt sjelden settes tilside som en ”penalty”.<sup>65</sup> I det følgende redegjøres for skillet slik det fremstår i engelsk og amerikansk rett i dag.

### 2.1.2 Overestimering - ”Liquidated damages” eller ”penalty”?

#### *Engelsk rett*

I engelsk rett er den rettslige motsetningen mellom begrepene absolutt, idet en klausul som forhåndsestimerer erstatningen enten klassifiseres som ”liquidated damages” eller ”penalty”.<sup>66</sup> Videre kan en klausul ikke regnes som ”liquidated damages” i en sammenheng og ”penalty” i en annen.<sup>67</sup> Den rettslige konsekvens er at dersom klausulen fungerer som ”penalty” for et av de omhandlede kontraktsbrudd, regnes den som ”penalty” også for andre kontraktsbrudd den omfatter.

---

<sup>64</sup> Jf. *Banta v Stamford Motor Co.* 92 A. 665 (Conn. 1914) og Restatement of Contracts § 356.

<sup>65</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 1075, Farnsworth (2004) vol. III s. 311 og Gorton (2005) s. 88

<sup>66</sup> Jf. *Chitty on contracts* (2004) s. 1489

<sup>67</sup> Se McGregor (2003) s. 425 ff.

Den nærmere grensedragningen i engelsk rett kan i stor grad baseres på Lord Dunedins uttalelser i den grunnleggende dommen *Dunlop v New Garage*,<sup>68</sup> som dreide seg om den tidligere siterte erstatningsklausulen:

”The essence of a penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage ”.<sup>69</sup>

En ser at skillet mellom ”liquidated damages” og ”penalties” i engelsk rett tar utgangspunktet i formålet med klausulen. En ”penalty” har oppfyllelsesfremmende formål, mens ”liquidated damages” har til formål å forhåndsestimere realkreditors tap. Med formålet siktes her til formålet med klausulen slik domstolen vurderer det. Hva partene skulle ha kalt den, eller hva de beviselig måtte ha ment med den, er derfor ikke avgjørende.<sup>70</sup> I motsatt fall ville det vært enkelt for partene å omgå regelen om ”penalties” ved sin språkbruk, noe som vil være lite hensiktsmessig for en regel som søker å begrense partenenes avtalefrihet. Selv om partenenes uttrykksmåte ikke er avgjørende, er det imidlertid ikke helt uten vekt, jf. *Wall v Rederiaktiebolaget Luggude*.<sup>71</sup>

Videre fremgår det av *Dunlop v New Garage* at sontringen er et tolkningsspørsmål som må avgjøres ut fra forholdene på kontraktstidspunktet, og ikke på tidspunktet for kontraktsbruddet.<sup>72</sup> Dette er i og for seg en naturlig fortsettelse av at det er formålet bak klausulen som er avgjørende, ikke dens faktiske virkning. Etterfølgende omstendigheter er således irrelevant i forhold til vurderingen av klausulen, og ”liquidated damages” kan derfor innebære stor erstatning for lite tap eller vice versa.

---

<sup>68</sup> [1915] A.C. 79 (*Dunlop*)

<sup>69</sup> *ibid.* s. 86

<sup>70</sup> *ibid.* s. 86: ”The court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or liquidated damages”.

<sup>71</sup> [1915] 3 K.B. 66 (HC). Se også McGregor (2003) s. 432

<sup>72</sup> *Dunlop* s. 86-87

Lord Dunedin stiller så opp fire momenter som kan være av betydelig vekt i vurderingen.<sup>73</sup> For det første vil retten vurdere klausulen som en ”penalty” dersom det stipulerte beløp er overdrevent og samvittighetsløst i forhold til det største tapet som kunne inntrådt som en mulig følge av kontraktsbruddet.<sup>74</sup> Det må antas at tapsbegrepet i engelsk rett innebærer en nettovurdering etter at skadelidtes fordeler har blitt tatt i betraktning.<sup>75</sup> Det estimerte beløp kan ikke utelukkende ta hensyn til skadelidtes rene tap, det må også ta hensyn til eventuelle fordeler realdebitor vil oppnå ved kontraktsbruddet, og som ville blitt tatt hensyn til ved utmåling av erstatningen på alminnelig grunnlag.

For det andre vil retten vurdere klausulen som en ”penalty” dersom kontraktsbruddet består i ikke å betale en sum penger, og det stipulerte beløpet er større enn det som opprinnelig skulle betales.<sup>76</sup>

For det tredje er det en presumpsjon for at klausulen er en ”penalty” dersom klausulen fastsetter et bestemt beløp for flere forskjellige kontraktsbrudd, hvorav noen kan medføre stor og andre liten skade.<sup>77</sup> Dette skyldes det nevnte utgangspunkt i engelsk rett, hvor en klausul vil klassifiseres som en ”penalty” for alle tilfeller den dekker, hvis den kan anses som en ”penalty” for minst et tilfelle.

For det fjerde, dersom konsekvensene av et eventuelt kontraktsbrudd gjør det vanskelig å forutse det fremtidige tapet, er det derimot en presumpsjon for at avtalen mellom partene innebar en ”liquidated damages”-klausul.<sup>78</sup> Særlig denne siste presumpsjonen innebærer en praktisk viktig begrensning i rekkevidden av forbudet mot ”penalties”. Ofte er det nettopp i

---

<sup>73</sup> *ibid.* s. 87-88. Omtales av Treitel/Peel (2007) s. 1076 som ”four rules of construction”.

<sup>74</sup> Dunlop s. 87: ”It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach”

<sup>75</sup> Treitel/Peel (2007) s. 1000

<sup>76</sup> Dunlop s. 87

<sup>77</sup> *l.c.*

<sup>78</sup> *ibid.* s. 87-88

slike tilfeller at partene kan ha et sterkt ønske om å fremme forutberegnelighet i kontraktsforholdet ved å stipulere erstatningsbeløpet på forhånd.

Utgangspunktene som oppstilles i Dunlop-dommen antas å gjelde også i dag, jf. Jeancharm v Barnet FC.<sup>79</sup> Gjennom senere dommer synes det imidlertid som om partenes forhandlingsstyrke er blitt tillagt noe vekt i vurderingen, og domstolene synes å ha vist noe tilbakeholdenhet ved vurderingen av erstatningsklausuler mellom jevnbyrdige parter.<sup>80</sup> Dette kan også være noe av forklaringen på hvorfor så få klausuler settes tilside som ”penalties” i engelsk rett. I engelsk teori er det tatt til orde for at engelske domstoler er tilbøyelige til å klassifisere erstatningsklausuler som ”liquidated damages” mellom parter av sammenliknbar styrke.<sup>81</sup>

#### *Amerikansk rett*

Selv om amerikansk rett stammer fra den engelske, har det over tiden oppstått forskjeller mellom de to rettsystemene. Sondringen mellom ”liquidated damages” og ”penalties” er intet unntak. Det kan derfor være nødvendig med noen presiseringer i forhold til amerikansk rett.

I amerikansk rett kan det synes som om de fleste stater tar utgangspunkt i formuleringene inntatt i Restatement of Contracts § 356, ved sin vurdering av om erstatningsklausulen er ”liquidated damages” eller en ”penalty”. Her fremgår at en klausul anses som ”liquidated damages” dersom beløpet er rimelig i lys av det forventede eller faktiske tapet som følge av kontraktsbruddet og vanskelighetene med å bevise tapet.<sup>82</sup> Videre fremgår at den i motsatt fall anses som en ”penalty”.

---

<sup>79</sup> [2003] EWCA Civ 58 (CA)

<sup>80</sup> Jf. Robophone v Blank [1966] 1 W.L.R 1428 (CA), Phillips v Hong Kong [1993] 61 BLR 41 (PC) og Jeancharm v Barnet FC [2003] EWCA Civ 58 (CA)

<sup>81</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 1075

<sup>82</sup> Jf. Restatement of Contracts § 356: ”... an amount that is reasonable in the light of anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss.”

Dette er tilsynelatende en annen vurdering enn i engelsk rett, siden det legges opp til en rimelighetsvurdering, jf. ordene ”reasonable in the light of”. Dette er imidlertid ingen generell rimelighetsvurdering, den knyttes utelukkende opp mot forventet og faktisk tap samt vanskelighetene ved å bevise tapet.<sup>83</sup> Rimelighetskriteriet innebærer derfor ikke store forskjellen fra engelsk rett. Også i engelsk rett legges det etter *Dunlop v New Garage* opp til en helhetsvurdering av klausulen, der forventet tap og vanskeligheten med å bevise tapet er sentrale faktorer. I noen stater synes det imidlertid å være et separat vilkår for ”liquidated damages” at tapet ikke på forhånd kan fastslås med sikkerhet.<sup>84</sup> I disse statene innebærer dette at området for hva som anses som en ”liquidated damages” innsnevres noe i forhold til engelsk rett.

Den største realitetsforskjellen fra engelsk rett er at grensedragningen i amerikansk rett, slik den er omtalt i *Restatement of Contracts* § 356, åpner for at domstolene kan ta hensyn til det faktiske tapet som er lidt. Betydningen av faktisk tap praktiseres på to forskjellige måter i amerikansk rett.<sup>85</sup> De fleste delstater synes å bruke argumentet om faktisk inntrådt tap kun når det støtter opp under en konklusjon for ”liquidated damages”, og at det ikke kan brukes til å sette tilside erstatningsklausuler der tapet viser seg å bli vesentlig mindre enn forventet.<sup>86</sup> I den grad klausulen etter det tradisjonelle synet om forholdet til forventet tap egentlig skulle vært ugyldig som ”penalty”, vil den likevel ikke settes til side dersom den er rimelig i forhold til faktisk inntrådt tap.

En mindre utbredt praktisering av adgangen til å legge vekt på det faktiske tapet, krever at det stipulerte beløpet må vurderes både i forhold til forventet og inntrådt tap. Dette innebærer at ”liquidated damages” kan settes til side som en ”penalty”, hvis det faktiske tapet viser seg å være vesentlig mindre enn det avtalte beløp.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Se *Banta v Stamford Motor Co.* 92 A. 665, 667 (Conn. 1914)

<sup>84</sup> Farnsworth (2004) vol. III s. 310

<sup>85</sup> Canuel (2008)

<sup>86</sup> Farnsworth op. cit. s. 306-307

<sup>87</sup> ibid. s. 307

Begge disse praktiseringene av det faktiske tapet kan medføre et annet resultat enn engelsk rett. Siden engelske domstoler holder seg strengt til kontraktstidspunktet, er det verken adgang til å opprettholde eller sette til side en klausul i lys av det faktiske tapet.

Heller ikke i amerikansk rett har partenes styrkeforhold tradisjonelt vært av særlig betydning for vurderingen. Likevel kan det se ut til at noen stater i nyere tid har tatt hensyn til at partene er kommersielle jevnbyrdige parter ved sin vurdering av erstatningsklausulens gyldighet.<sup>88</sup>

### *Oppsummering*

Oppsummeringsvis kan det sies at det er en viss forskjell på tilnærmingen til spørsmålet i engelsk og amerikansk rett. En klausul som ville vært bedømt som en ”penalty” i engelsk rett, vil kunne anses som ”liquidated damages” i amerikansk rett, eller omvendt. Med utgangspunkt i rettsoppfatningen i majoriteten av de amerikanske statene, medfører nok adgangen til å vektlegge det faktiske tapet at noe færre klausuler vil rubriseres som ”penalties” enn i engelsk rett. Essensen i vurderingen av erstatningsklausulenes gyldighet er imidlertid i det vesentlige den samme: Spørsmålet er om klausulen har til formål å stipulere et beløp som har sammenheng med realkreditors forventede tap som følge av realdebitors kontraktsbrudd eller ikke.

### 2.1.3 Underestimering - “Liquidated damages” og “exemption clauses”

#### *Innledning*

Ovenfor er ”liquidated damages” holdt opp mot ”penalties” og konklusjonen er i første omgang at vi har med en ”penalty” å gjøre der klausulen har til hensikt å fastsette en erstatning som er større enn det realdebitor ville fått etter en alminnelig erstatningsutmåling. I disse tilfellene har partene foretatt en overestimering av tapet som ikke gis rettlig virkning. Det forutsettes i det følgende at erstatningsklausulene utelukker

---

<sup>88</sup> Se eksempelvis *Cummings v. National Communications*, 449 Mass. 490 (Mass. 2007)



realkreditors krav på alminnelig erstatning, jf. de nærmere drøftelsene under 2.3. Da er det naturlig å spørre seg om det er noen tilsvarende begrensning på avtalefriheten dersom hensikten er å fastsette en erstatning som er mindre enn det realkreditor ellers ville fått. I slike tilfeller kan en snakke om en underestimering av tapet. I den grad denne effekten oppnås, vil klausulen ha en ansvarsbegrensende effekt. Ansvarsfraskrivelser kan i engelsk rett behandles under samlebegrepet ”exemption clauses”.<sup>89</sup> I amerikansk rett synes en å drøfte problemstillingen som ”limitation of remedies”.<sup>90</sup>

### *Generelt om ”exemption clauses” og ”limitation of remedies”*

I engelsk rett defineres en ”exemption clause” ved at den søker å fristille løftegiveren enten helt eller delvis fra ansvar under en kontrakt eller en skadevoldende handling som har sammenheng med en kontrakt.<sup>91</sup> I amerikansk rett sikter ”limitation of remedies” til tilfeller der realdebitor ønsker å unngå ansvar for kontraktsbrudd.<sup>92</sup> Det må antas at uttrykket i det vesentlige er sammenfallende med de engelske ”exemption clauses”. I alle fall der partene avtaler at erstatning er begrenset ved et bestemt kontraktsbrudd, eller at visse misligholdsbeføyelser ikke kan gjøres gjeldende, vil klausulen regnes som en ”exemption clause” i engelsk rett eller en ”limitation of remedies” i amerikansk rett.

I engelsk og amerikansk rett er slike ansvarsfraskrivelser i utgangspunktet gyldige. I engelsk rett er det gjennom Unfair Contract Terms Act 1977 gitt begrensninger på effekten av en rekke ”exemption clauses”.<sup>93</sup> De fleste av lovens bestemmelser er begrenset til forbrukerforhold eller avtaler inngått på den ene partens standardvilkår. Loven har derfor mindre betydning for ”exemption clauses” i næringsforhold der avtalen er et resultat av forhandlinger mellom partene. Lovens begrensninger behandles derfor ikke nærmere i denne avhandlingen.

Amerikanske domstoler har en snever mulighet til å sette såkalte ”unconscionable contract terms” til side, jf. Restatement of Contracts § 208. Denne regelen kan tenkes anvendt også på erstatningsklausuler som

---

<sup>89</sup> Se *Chitty On contracts* (2004) s. 791

<sup>90</sup> Se Farnsworth (2004) vol. I s. 599

<sup>91</sup> Jf. *Chitty On contracts* (2004) s. 791

<sup>92</sup> Se Farnsworth op. cit. s. 599

<sup>93</sup> Jf. *Chitty On contracts* (2004) s. 827-828

underestimerer realkreditors erstatning.<sup>94</sup> Det er imidlertid tilfeller som grenser mot ugyldighet som følge av tilblivelsesmangler, og der innholdet samtidig er av en slik art at ingen fornuftig person frivillig ville godta vilkåret, som i første omgang omfattes.<sup>95</sup> Videre er det kun tilfeller der styrkeforholdet mellom partene er særlig ubalansert som kan tenkes rammet av regelen.<sup>96</sup> Av denne grunn er konseptet ”unconscionable contract terms” svært lite praktisk i kommersielle forhold, og avhandlingen går ikke nærmere inn på problemstillingen.

Ansvarsfraskrivelser er i common law underlagt en rekke generelle tolkningsregler, som det redegjøres nærmere for i det følgende. Klausulene må for det første være inntatt i klare ordelag og uten tvetydighet for å oppnå den ønskede effekt.<sup>97</sup> Ved vurderingen av klausulens rekkevidde tar en utgangspunkt i at den inntrufne situasjon skal dekkes klart av ordlyden dersom den skal gi beskyttelse for misligholdende part. Engelske domstoler vil være motvillige til å tolke en klausul slik at den effektivt fraskriver en part alle forpliktelser og alt ansvar.<sup>98</sup> I *Suisse Atlantique v Rotterdamsche Kohlen Centrale*<sup>99</sup> ble det således uttalt at det neppe var partenes intensjoner å gi klausulen en slik rekkevidde at den ene parten mister sine beføyelser for alle kontraktsbrudd.<sup>100</sup> Partene har vanligvis ment å ha et juridisk bindende forhold gjennom sin kontrakt. Derfor tolkes kontrakten, dersom ordlyden gir rom for det, slik at dette settes ut i livet ved å gi ansvarsfraskrivelsen begrenset rekkevidde.<sup>101</sup>

Videre er det slik at engelske og amerikanske domstoler ved tolkning av slike klausuler legger til grunn at den part som søker å benytte klausulen har bevisbyrden for at klausulen kommer til anvendelse. Enhver tvetydighet taler altså mot den som er tilgodesett av

---

<sup>94</sup> Se Farnsworth vol. III s. 301 og Restatement of Contracts § 356 comment d.

<sup>95</sup> *ibid.* § 208 comment a

<sup>96</sup> *ibid.* § 208 comment d

<sup>97</sup> Se *Chitty On contracts* (2004) s. 793 og Farnsworth (2004) vol. I s. 615

<sup>98</sup> Jf. *Chitty On contracts* (2004) s. 795-796

<sup>99</sup> [1967] 1 A.C. 361 (Suisse Atlantique)

<sup>100</sup> *Suisse Atlantique* s. 432. I sitt votum poengterte Lord Wilberforce at å opprettholde en slik vidtgående fraskrivelse ”would be to reduce the contract to a mere declaration of intent”.

<sup>101</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 254-255

klausulen. Domstolene tolker videre klausulen strengere overfor den som har utformet klausulen, og som senere påberoper seg den. Disse tolkningsprinsipper kalles i common law ”construction contra proferentem”.<sup>102</sup>

Ved vurderingen av ansvarsfraskrivelser vektlegger engelsk og amerikansk rett også karakteren av misligholdet som klausulen dekker. Det er ikke nødvendigvis slik at uaktsomhet<sup>103</sup> og forsett dekkes av en ansvarsfraskrivelse, der ansvar kan oppstilles på objektivt grunnlag. Hvorvidt klausulen også dekker de uaktsomme og forsettelige kontraktsbrudd beror på en vurdering av klausulens klarhet og utvetydighet.<sup>104</sup> Det har også i engelsk rett vært diskutert om det i det hele tatt er adgang til å fraskrive seg ansvar for forsettelige kontraktsbrudd, noe det synes å være adgang til så lenge dette fremgår tydelig nok.<sup>105</sup> Likevel synes det å være slik at skyldgraden har betydning for tolkningen av klausulens rekkevidde.<sup>106</sup> En kan kanskje si at domstoler som anvender common law ikke lar klausulen omfatte mer graverende kontraktsbrudd enn ordlyden tvinger dem til.

#### *Tolkningsreglenes betydning for erstatningsklausulene*

Underestimering gjennom erstatningsklausuler medfører en begrensning av realdebitors plikt til å kompensere realkreditor for kontraktsbruddet. Rekkevidden av slike klausuler bør derfor vurderes i lys av tolkningsreglene for ”exemption clauses”. Innledningsvis kan et tilfelle av underestimering skilles ut, nemlig der klausulen etter domstolens vurdering er en ”penalty”. Selv om klausulen er en ”penalty” og dermed ugyldig, er det ikke teoretisk utelukket at realkreditor påføres større tap enn den avtalte ”penalty”. Realkreditor kan i

---

<sup>102</sup> Se nærmere *Chitty On contracts* (2004) s. 797. Farnsworth (2004) vol II s. 300 synes å forbeholde prinsippet for de sistnevnte tilfellene.

<sup>103</sup> I common law skilles ikke mellom simpel og grov uaktsomhet på samme måte som hos oss, jf. Treitel (1988) s. 11

<sup>104</sup> Jf. *Chitty On contracts* (2004) s. 798 ff. og Farnsworth (2004) vol. I s. 618

<sup>105</sup> Se *Chitty On contracts* (2004) s. 803

<sup>106</sup> Ibid. s. 804

slike tilfeller kreve den avtalte ”penalty” satt tilside og få erstatning utmålt etter alminnelige regler.<sup>107</sup>

Problemstillingen her er om de nevnte tolkningsreglene får anvendelse på erstatningsklausuler. Underestimering har samme effekten som ”exemption clauses”. I engelsk rett vil imidlertid ikke dette medføre at klausulen rubriseres som en ”exemption clause”.<sup>108</sup> Tvert imot synes rettspraksis å ta det utgangspunkt at ”liquidated damages” som begrenser ansvaret ikke kan likestilles med en ”exemption clause” uansett hensikt og effekt.

I Suisse Atlantique uttalte House of Lords enstemmig at en demurrage-klausul (overliggedagpenger) som begrenset erstatningen i forhold til det faktiske tapet ikke kunne regnes som en ”exemption clause”. De restriktive tolkningsreglene som gjaldt slike klausuler kom således ikke til anvendelse.

Grunnen til at problemstillingen kom opp var at realkreditor argumenterte med at erstatningsklausulen måtte sees på som en ”exemption clause”, og den kunne da ikke komme til anvendelse når det var snakk om ”fundamental breach of contract”. House of Lords var ikke enig i noen av disse argumentene, men drøftet betydningen av ”fundamental breach” inngående. Som følge av uttalelsene om dette, ble dommen senere anvendt til støtte for at parter kunne fraskrive seg ansvar også for tilfeller av ”fundamental breach” i engelsk rett, jf. *Photo Production v Securior Transport*.<sup>109</sup>

Det bærende punktet i begrunnelsen for at erstatningsklausulen ikke var en ”exemption clause”, synes å være at ”exemption clauses” forutsetter at skadelidte må bevise at han har lidt et tap opp til ansvarsbegrensningen dersom han skal få erstatning i det hele tatt. Ved ”liquidated damages” er imidlertid realkreditor på ett vis tilgodesett, fordi beløpet utgår så snart det foreligger kontraktsbrudd, uansett bevis for faktisk tap. Når en slik klausul var i

---

<sup>107</sup> Jf. McGregor (2003) s. 430

<sup>108</sup> Se *Chitty On contracts* (2004) s. 793

<sup>109</sup> [1980] A.C. 827

begge parter interesse, kunne det ikke være rom for å anvende de restriktive tolkningsreglene som gjelder for ”exemption clauses”.<sup>110</sup>

Til støtte for resultatet ble det vist til den tidligere avgjørelsen *Cellulose Acetate Silk Co v Widnes Foundry*.<sup>111</sup> I den saken var det avtalt at det skulle svares en ukentlig sum på £ 20 ved forsinkelse for en etter hvert 30 ukers forsinkelse. Disse £ 600 tilsvarte omtrent en tiendedel av det faktiske tapet. Det avtalte beløpet var benevnt en ”penalty”, og realkreditor mente derfor klausulen måtte tilsidesettes slik at han kunne kreve erstatning på alminnelig grunnlag. House of Lords fant for det første at det til tross for ordlyden dreide seg om ”liquidated damages”, og for det andre at det var åpenbart at partene ønsket at summen skulle være lavere enn det forventede tapet ved forsinkelse. Selv om tapet var vesentlig større enn den avtalte sum, var det ingen hindring for å forholde seg til det avtalte beløpet. Forholdet til reglene om ”exemption clauses” ble imidlertid ikke drøftet direkte i denne saken.

Til illustrasjon kan også *Temloc v. Erril*<sup>112</sup> trekkes frem. Her var erstatningen på forhånd avtalt til ”£nil” for de kontraktsbrudd som var omfattet av klausulen. Denne null-erstatningen innebar reelt sett en absolutt ansvarsfraskrivelse for de kontraktsbrudd klausulen gjaldt. Domstolen tok uten nærmere begrunnelse utgangspunkt i at partene hadde brukt uttrykket ”liquidated damages” og klausulen ble tolket etter sin ordlyd. Dette innebar at domstolen heller ikke fant rom for alminnelig kontraktserstatning ved siden av £ 0 for de kontraktsbrudd som var omfattet av klausulen, selv om en slik begrensning ikke fremgikk eksplisitt av kontrakten. Dersom de strengere reglene for ansvarsfraskrivelser hadde blitt lagt til grunn ved tolkningen, kunne det vært argumentert med at klausulen ikke stengte for en erstatningsutmåling i tråd med bakgrunnsretten.

Etter dette synes det rimelig klart at ”liquidated damages” som hovedregel faller utenfor virkeområdet for tolkningsreglene knyttet til ”exemption clauses” i engelsk rett.<sup>113</sup> Dette

---

<sup>110</sup> [1967] 1 A.C. 361 s. 395

<sup>111</sup> [1933] A.C. 20 (*Cellulose Acetate Silk Co*)

<sup>112</sup> *Temloc Ltd v. Erril Properties Ltd* (1987) 39 BLR 31 (CA). Sitert etter Eggleston (1997) s. 45.

Avgjørelsen er nylig lagt fulgt opp i *Biffa v Ernst Hese*, [2008] P.N.L.R. 17 (HC)

<sup>113</sup> Slik også *Chitty On contracts* (2004) s. 793

gjelder både der partene har til hensikt å fastsette en lavere sum enn det forventete tapet, jf. *Cellulose Acetate Silk Co.*, og der partene har ment å fastsette et beløp omkring forventet tap, jf. *Suisse Atlantique*. Videre later det til at engelske domstoler ikke gjør noen prinsipiell forskjell på graden av underestimering. Med avgjørelsen i *Temloc v Erril* må det nok legges til grunn at det ikke oppstilles noen særregel for tilfeller av null-erstatning i engelsk rett. Således er det ingen egentlige grenser i engelsk rett når det kommer til adgangen til å estimere et beløp som er lavere enn det forventete tapet, til tross for at partene ikke har spesielt stor frihet når det kommer til å avtale en høyere erstatningsutmåling enn det forventede tap.

Amerikansk rett er i det vesentlige den samme som engelsk rett i forhold til vurderingen av underestimeringer.<sup>114</sup> Erstatningsklausuler som underestimerer erstatningen gis i utgangspunktet effekt etter sin ordlyd. Som nevnt er det noen få stater som vektlegger det faktiske tapet på en slik måte at "liquidated damages" ikke gis effekt dersom tapet er vesentlig mindre enn det avtalte beløp. Imidlertid må det antas at underestimeringer i praksis opprettholdes mellom kommersielle parter også i amerikansk rett. Som Corbin skrev i sin tid: "Public policy may forbid the enforcement of penalties against a defendant; but does not forbid the enforcement of a limitation in his favour".<sup>115</sup>

### *Oppsummering*

Etter dette er det få regler i common law som vil hindre realdebitor fra å forholde seg til det avtalte beløp, selv om dette er vesentlig lavere enn det tap realkreditor har lidt. De restriktive tolkningsreglene for "exemption clauses" i engelsk rett kommer ikke til anvendelse, og i amerikansk rett må det anses som den praktiske hovedregelen at domstolene ikke vil gripe inn i en eventuell ubalanse som "liquidated damages" klausulen medfører i det konkrete tilfellet av underestimering i næringsforhold.

---

<sup>114</sup> Se for eksempel *Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co.* 40 Cal.2d 192 (1953) på s. 198: "The language employed is clear and unambiguous and does not attempt to limit damages but rather to provide a fixed amount in the event of a breach, whether the actual damages should be greater or less than that amount."

<sup>115</sup> Corbin (1964) s. 386

## 2.2 Erstatningsklausulens rekkevidde – isolert sett

### 2.2.1 Hvilke omstendigheter omfattes av klausulen?

I tillegg til det som er sagt ovenfor om adgangen til å avtale erstatningsklausuler, kan det oppstå tolkningsspørsmål i forhold til hvilke omstendigheter som utløser ansvar etter erstatningsklausulen og hvilke tap som omfattes av den. I dette avsnittet skal redegjøres for hvilke omstendigheter som omfattes av klausulen. Som nevnt forutsetter erstatningsklausulene at det foreligger et kontraktsbrudd, og problemstillingen er i realiteten hvilke kontraktsbrudd som omfattes. Hvorvidt dette i seg selv er tilstrekkelig til å utløse ansvar etter klausulen drøftes nedenfor 2.3.2 i tilknytning til forholdet mellom erstatningsklausulen og kravet om ansvarsgrunnlag som forutsetning for den alminnelige erstatningsbeføyelsen.

Hvilke kontraktsbrudd som omfattes av klausulen, må løses på bakgrunn av de alminnelige tolkningsprinsippene som gjelder i engelsk og amerikansk rett, der ordlyden er av sentral betydning. Det er imidlertid ikke alltid like klart hva som omfattes av erstatningsklausulen. Erstatningsklausulen regulerer gjerne en nærmere bestemt oppfyllelessvikt. Der klausulen knyttes mot kontraktsbrudd generelt, følger det at ethvert kontraktsbrudd omfattes. Der klausulen knytter seg mot spesifikke kontraktsbrudd, må en vurdere nærmere hva som regnes som et relevant kontraktsbrudd. Dette gjøres ved å fastlegge kontraktens forpliktelser innenfor rammen av erstatningsklausulen, og se om disse er oppfylt kontraktsmessig eller ikke.

Der ikke-oppfyllelsen er berettiget fra realdebitors side, kan det imidlertid ikke være adgang til å kreve erstatning etter klausulen. Uten å innebære noen uttømmende oversikt over slike tilfeller, vil noen eksempler nevnes i det følgende. Ikke-oppfyllelsen vil eksempelvis være berettiget der forpliktelsen erstatningsklausulen knytter seg til er ugyldig eller bortfalt på annen måte. I engelsk rett har realdebitor gjennom læren om ”frustration” i noen tilfeller adgang til å si seg løst fra avtalen dersom det blir fysisk eller

forretningsmessig umulig å oppfylle avtalen.<sup>116</sup> Tilsvarende synspunkter har en i amerikansk rett gjennom læren om ”impracticability”.<sup>117</sup> I slike tilfeller må en anta at det ikke foreligger noe kontraktsbrudd som klausulen kan anvendes på, slik at ansvar etter klausulen er utelukket.

Der omstendighetene som forårsaker kontraktsbruddet utgjør et kontraktsbrudd fra den andre parten, er imidlertid ikke misligholdsansvaret etter erstatningsklausulen bortfalt av den grunn. Så lenge motpartens kontraktsbrudd ikke er vesentlig nok til å gi realdebitor et krav på ”discharge by breach”<sup>118</sup> etter engelsk rett eller ”termination”<sup>119</sup> etter amerikansk rett, er han forpliktet til å levere, og må ta følgene av et sitt eget kontraktsbrudd. I amerikansk rett kan den krenkede part også ha krav på ”suspension of performance”,<sup>120</sup> og det stilles noe mindre strenge vilkår for dette enn for ”termination”. En slik mellomløsning finnes ikke i engelsk rett. Dersom disse reglene kommer til anvendelse som følge av realkreditors kontraktsbrudd, vil realdebitors ikke-oppfyllelse være berettiget, slik at ansvar etter erstatningsklausulen er utelukket.

## 2.2.2 Hvilke tap dekker klausulen?

Hvilke tap klausulen dekker etter en alminnelig tolkning, kan formuleres i problemstillingen om hvilke tap erstatningsklausulen er kompensasjonsrelevant for. Med uttrykket kompensasjonsrelevant menes her at tapet er av samme karakter og knyttet til samme periode som erstatningsklausulen utmåler erstatning for. En klausul som omfatter forsinkelse er ikke nødvendigvis kompensasjonsrelevant for alt tap som stammer fra forsinkelsen. Dersom noe av tapet ikke er kompensasjonsrelevant i denne forstand, vil realkreditor kunne kreve erstatning på alminnelig grunnlag for dette tapet.<sup>121</sup> En beslektet

---

<sup>116</sup> *Chitty on Contracts* (2004) s. 1311

<sup>117</sup> Se nærmere Farnsworth (2004) vol. II s. 624 ff.

<sup>118</sup> Se *Chitty on Contracts* (2004) s. 1365 ff.

<sup>119</sup> Se Farnsworth op. cit. s. 525

<sup>120</sup> *ibid.* s. 517

<sup>121</sup> Se McGregor (2003) s. 427



problemstilling er realkreditors generelle adgang til å kreve erstatning på alminnelig grunnlag, også for kompensasjonsrelevant tap. Dette behandles nedenfor 2.3.2 under forholdet til den alminnelige erstatningsbeføyelsen. I dette avsnittet begrenses problemstillingen til hvilke tap erstatningsklausulen er kompensasjonsrelevant for.

Hvilke tap erstatningsklausulen dekker, må ta utgangspunkt i klausulens ordlyd. Det kan for eksempel tenkes at klausulen estimerer erstatning kun for deler av tapet som kunne føres tilbake til kontraktsbruddet, for eksempel indirekte tap. Erstatningsklausulen er da ikke være kompensasjonsrelevant for direkte tap. Det gjøres imidlertid sjelden noen spesifikk regulering av hvilket tap erstatningsklausulen dekker. Utgangspunktet må være at alt tap som har sammenheng med kontraktsbruddet i klausulen anses kompensasjonsrelevant, med mindre det er holdepunkter for annet. Hvor klare holdepunkter som kreves kan være usikkert. I engelsk rett finnes det to underrettsavgjørelser der kontraktsbrudd som omfattes av klausulen, medførte tap som ikke var kompensasjonsrelevant.

I begge disse sakene dreide det seg om erstatningsklausuler i certepartikontrakter. I *Reidar v Arcos*<sup>122</sup> medførte overskridelse av liggetiden at skipet måtte frakte en vinterlast, som var mye mindre enn sommerlasten. Rederens fikk her erstatning både etter erstatningsklausulen (overliggedagpenger), og for tap som følge av den mindre last forårsaket av forsinkelsen. I *Total Transport v Amoco Trading*<sup>123</sup> var tilfellet at skipet ikke var fullastet ved liggetidens slutt. Den kontraktsfestede erstatning for manglende last var betydelig mindre enn overliggedagpengene rederen hadde fått krav på, dersom skipet var blitt liggende for å lastes kontraktsmessig. I tillegg til den kontraktsfestede erstatning for manglende last, fikk rederen medhold i sitt krav om erstatning for den hypotetiske overliggetiden etter fradrag for erstatningen etter erstatningsklausulen.

---

<sup>122</sup> Aktieselskapet Reidar v Arcos [1927] 1. K.B. 352 (CA)

<sup>123</sup> Total Transport Corp v Amoco Trading Co [1985] 1 Lloyd's Rep. 423 (HC)

Utgangspunktet er altså at alt tap er kompensasjonsrelevant, men det kan tenkes tilfeller der den motsatte løsning følger av en tolkning av kontrakten. Dommene illustrerer også rettsvirkningen av at noe tap ikke er kompensasjonsrelevant. Realkreditor kunne kreve ”liquidated damages” for kontraktsbruddet, og i tillegg alminnelig erstatning for det tap som ikke var kompensasjonsrelevant.<sup>124</sup>

## 2.3 Erstatningsklausulenes rekkevidde – sett i forhold til bakgrunnsrettens alminnelige misligholdsbeføyelser

### 2.3.1 Innledning

I et kontraktsforhold underlagt common law er den regulære misligholdsbeføyelsen etter bakgrunnsretten et krav på erstatning.<sup>125</sup> Andre misligholdsbeføyelser er etter bakgrunnsretten underlagt domstolens skjønn og utelukket dersom særlige vilkår ikke er oppfylt.<sup>126</sup> Til gjengjeld vil et kontraktsbrudd alltid gi realkreditor adgang til å fremsette et krav om erstatning.<sup>127</sup> En kan si at kontraktsforpliktelser er underlagt et objektivt ansvar i common law.<sup>128</sup>

Drøftelsene ovenfor gjør rede for visse aspekter ved tolkningen og håndhevingen av erstatningsklausulene under common law. Under forutsetning av at klausulen kommer til anvendelse for et oppstått tilfelle av kontraktsbrudd, må det spørres hvilke rettsvirkninger klausulen har for oppgjøret. Regnes klausulen som en ”penalty”, vil denne som nevnt ikke ha noen effekt, og bakgrunnsrettens alminnelige misligholdsbeføyelser kommer til anvendelse på kontraktsbruddet. Forutsetningen i det følgende er derfor at klausulen regnes som ”liquidated damages”. Utgangspunktet er selvsagt at realdebitor kan kreve erstatningen

---

<sup>124</sup> Se McGregor (2003) s. 427

<sup>125</sup> Jf. Corbin (1964) s. 8, Farnsworth (2004) vol III s. 189 og Treitel (1988) s. 75

<sup>126</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 1000 ff. og Farnsworth op. cit. s. 161 ff.

<sup>127</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 992 og Farnsworth op. cit. s. 189

<sup>128</sup> Jf. Raineri v Miles [1981] A.C. 1050, 1086, Treitel (1988) s. 8. Se særlig Farnsworth (2004) vol. II s. 586 som skriver generelt at ”contract liability is strict liability and not liability based on fault.”

utmålt etter klausulen dersom den omfatter kontraktsbruddet. Realkreditor kan etter forholdene ønske å fremme krav om alminnelig erstatning i tillegg eller istedenfor erstatningsklausulen, eller gjøre gjeldende andre misligholdsbeføyelser dersom vilkårene for dette er oppfylt.

Problemstillingen i dette kapitlet er i hvilken grad bakgrunnsrettens alminnelige regler om misligholdsbeføyelser har anvendelse når partene har avtalt "liquidated damages". Det må skilles mellom tilfeller der forholdet til alminnelige beføyelser ikke er eksplisitt regulert i kontrakten, og der dette er eksplisitt regulert. Under forutsetning av at avtalen ikke regulerer forholdet direkte, drøftes først erstatningsklausulens forhold til den alminnelige erstatningsbeføyelsen, og deretter forholdet til andre misligholdsbeføyelser. Til slutt drøftes tilfeller der avtalen eksplisitt regulerer forholdet mellom erstatningsklausulen og de alminnelige misligholdsbeføyelsene.

### 2.3.2 Erstatningsklausuler og den alminnelige erstatningsbeføyelsen

#### *Generelt*

"Liquidated damages" innebærer at partene har avtalt en annen løsning på erstatningsutmålingen enn det som følger av bakgrunnsretten. Til tross for dette kan det diskuteres om de alminnelige prinsippene ved utmåling av erstatning har betydning ved bruken av erstatningsklausuler.

#### *Adgangen til å kreve erstatning på alminnelig grunnlag*

Den første problemstillingen som må drøftes, er om realdebitor kan kreve erstatning utmålt på alminnelig grunnlag selv om det er avtalt "liquidated damages". Det forutsettes her at det tapet som kreves erstattet er omfattet av klausulen, jf. drøftelsene over.

Et av formålene med "liquidated damages" er å unngå at erstatningen skal utmåles på alminnelig grunnlag. Videre er betegnelsen "liquidated damages" i common law forbeholdt tilfeller der partene har foretatt en hederlig estimering av det fremtidige tapet. En klausul som er ment som et tillegg til alminnelig erstatning vil etter sin natur være en "penalty", og

derfor uvirksom. Tilsvarende vil dette være tilfellet dersom klausulen foreskriver en valgmulighet for realkreditor. Dette innebærer at hans faktiske tap alltid er minimumsnivået på erstatningen, og klausulen gir realkreditor en mulighet til å kreve mer enn han ellers ville fått.

Under disse premisser blir det ikke rom under common law for å tolke ”liquidated damages” slik at det samtidig er adgang til å kreve alminnelig erstatning for det samme tapet. Da ville klausulen vært en uvirksom ”penalty”. Et slikt synspunkt er lagt til grunn i flere avgjørelser i engelsk rett.<sup>129</sup> Tilsvarende gjelder i amerikansk rett.<sup>130</sup> Realkreditor vil derfor være avskåret fra å kreve erstatning etter de alminnelige regler der tapet er omfattet av ”liquidated damages”.

#### *Ansvarsgrunnlag*

Den neste problemstillingen er om det er tilstrekkelig for å kreve erstatning etter ”liquidated damages” at det foreligger et kontraktsbrudd som omfattes av klausulen. I engelsk og amerikansk rett vil som nevnt den krenkede part i kontraktsforholdet regelmessig ha krav på erstatning for kontraktsbrudd, og at kontraktsansvaret fremstår som objektivt.<sup>131</sup> Videre legges det til grunn i common law at begrepet ”liquidated damages” forutsetter et kontraktsbrudd. Kombinasjonen av at klausulen forutsetter et kontraktsbrudd, og at kontraktsbrudd regelmessig innebærer et ansvarsgrunnlag, gjør at ”liquidated damages” kan kreves så lenge klausulen omfatter kontraktsbruddet.

#### *Økonomisk tap*

Et hensyn bak erstatningsutmålingen er å gi kompensasjon for skadelidtes tap.<sup>132</sup> Innenfor visse begrensninger skal erstatningen gi skadelidte den økonomiske posisjonen han ville

---

<sup>129</sup> Se *Diestal v Stevenson* [1906] 2 K.B. 345 og *Talley v Wolsey-Neech* (1978) 38 P. & C.R. 45, CA. Også den tidligere nevnte avgjørelsen *Temloc v Errill* illustrerer dette poenget.

<sup>130</sup> Se *Corbin* (1964) s. 366-367, *Fritz* (1954-1955) s. 222 og *Farnsworth* (2004) vol. III s. 319-320

<sup>131</sup> Jf. *Treitel* (1988) s. 8 og *Farnsworth* (2004) vol. II s. 586

<sup>132</sup> Jf. *McGregor* (2003) s. 12 og *Farnsworth* (2004) vol. III s. 194

hatt uten kontraktsbruddet. Imidlertid er det ikke i common law et absolutt vilkår for å statuere erstatningsansvar at det er påvist et økonomisk tap. Domstolene kan gi dom for såkalte "nominal damages" dersom skadelidte ikke klarer å bevise økonomisk tap med den nødvendige sikkerhet.<sup>133</sup> "Nominal damages" settes i motsetning til "substantial damages" til et symbolsk beløp, gjerne \$1 eller £1. Imidlertid vil ikke tap som vanskelig kan verdsettes være en hindring for at "substantial damages" tilkjennes. Både i engelsk og amerikansk rett er det adgang for retten til å fastsette erstatningen skjønnsmessig dersom skadelidte har bevist et tap med rimelig sikkerhet, men der størrelsen ikke lar seg fastslå.<sup>134</sup>

Problemstillingen her er om hensynet til kompensasjon har betydning for anvendelsen av "liquidated damages". Det synes ganske klart gjennom forbudet mot "penalties" at domstolene ikke godtar klausuler som har til hensikt å overkompensere realkreditor.<sup>135</sup> Selv om forbudet som tidligere nevnt kan begrunnes i kompensasjonssynspunkter, kan en ikke slutte at det gjelder et ufravikelig prinsipp om kompensasjon ved erstatningsutmålingen i engelsk eller amerikansk rett. Klausulens effekt er i utgangspunktet uavhengig av det faktiske tapet som inntreffer.<sup>136</sup> "Liquidated damages" kan derfor medføre større kompensasjon enn realkreditor ville fått dersom tapet skulle utmåles etter de alminnelige reglene. "Liquidated damages" kan videre innebære at realkreditor blir underkompensert når erstatningen er fastsatt lavere enn det forventede eller faktiske tapet, uten at domstolene griper inn av denne grunn.

Erstatningsklausuler klassifisert som "liquidated damages" fraviker dermed det alminnelige hensynet til at erstatningen skal innebære en kompensasjon for realkreditor. Selv om erstatningsklausulen dermed kan medføre at erstatningen tar steget fra "nominal damages" til å utgjøre et betydelig beløp, vil ikke dette være noen begrensning i seg selv. Med mindre

---

<sup>133</sup> Se McGregor (2003) s. 360 og Farnsworth (2004) vol. III s. 189

<sup>134</sup> Jf. McGregor (2003) s. 297 for engelsk rett og Corbin (1964) s. 126 samt Restatement of Contracts § 352 comment a for amerikansk rett

<sup>135</sup> Se Anson (2002) s. 624 og Farnsworth op. cit. s. 301

<sup>136</sup> Som nevnt er det noen stater i USA som tar hensyn til det tapet som faktisk oppstår i denne vurderingen.

klausulen regnes som en ”penalty”, gis klausulen effekt uavhengig av forholdet til realkreditors faktiske tap.

### *Berikelsesfradrag*

I forlengelsen av drøftelsen om økonomisk tap kan det spørres om regler om berikelsesfradrag ved utmåling av erstatningen har betydning for tolkningen av erstatningsklausulen. I engelsk rett synes det å være et generelt syn at det må gjøres et fradrag for berikelse i erstatningsutmålingen. Når en fastslår skadelidtes tap i engelsk rett er det som nevnt hans totale posisjon som skal vurderes, og en må da ta hensyn til alle eventuelle fordeler som oppstår som følge av kontraktsbruddet.<sup>137</sup> I amerikansk rett synes prinsippet om berikelsesfradrag å være det samme, likevel slik at ikke enhver fordel blir tatt hensyn til i vurderingen av erstatningen.<sup>138</sup>

Problemstillingen er om reglene om berikelsesfradrag har betydning ved anvendelsen av ”liquidated damages”. Når partene forholder seg til ”liquidated damages”, er det tap realkreditor faktisk lider generelt uten betydning for klausulens anvendelse. Det er da naturlig at heller ikke realkreditors berikelse skal komme inn som en begrensning i adgangen til å kreve erstatning etter klausulen. Et illustrerende eksempel på dette finner en i *Clydebank v Castenada*,<sup>139</sup> der saken dreide seg om bygging av krigsskip til den spanske flåten i forkant av den spansk-amerikanske krigen (1898). Kontrakten hadde en erstatningsklausul som foreskrev £500 i ukentlig mulkt per skip ved forsinket levering. Skipene ble levert vesentlig forsinket, og skipsbyggerne forsvarte seg med at realkreditor ikke hadde lidt noe tap ved misligholdet. De argumenterte blant annet med at hadde kontrakten vært oppfylt rettidig, ville skipene blitt senket med resten av den spanske flåten under krigen. Argumentet bygger således på at realkreditor oppnådde en berikelse ved kontraktsbruddet, siden han som følge av kontraktsbruddet hadde skipene i behold. Dette

---

<sup>137</sup> Treitel/Peel (2007) s. 1000

<sup>138</sup> Jf. Farnsworth (2003) vol. III s. 209-210 og Restatement of Contracts § 347

<sup>139</sup> [1905] A.C. 6

argumentet hadde House of Lords svært lite til overs for og ga dom etter klausulens ordlyd.<sup>140</sup>

I likhet med forholdet til økonomisk tap, er det dermed uten betydning om det viser seg at realkreditor skulle nyte fordeler av kontraktsbruddet der han gjør "liquidated damages" gjeldende.

### *Adekvans*

Erstatningsutmålingen er i common law underlagt en begrensning når det kommer til tap som partene ikke så for seg på kontraktstidspunktet. I engelsk rett drøftes begrensningen som "remoteness of damage" og i amerikansk rett som et spørsmål om "foreseeability", uten at det synes å være nevneverdige forskjeller i innholdet. Både engelsk og amerikansk rett tar utgangspunkt i den engelske dommen *Hadley v Baxendale*<sup>141</sup> ved fastleggelsen av prinsippets rekkevidde.<sup>142</sup> I dag synes essensen i engelsk rett å være slik Chitty formulerer det: "A type or kind of loss is not too remote a consequence of a breach of contract if, at the time of contracting (and on the assumption that the parties actually foresaw the breach in question), it was within their reasonable contemplation as a not unlikely result of that breach."<sup>143</sup>

Problemstillingen blir om adekvansbetraktningene har betydning for anvendelsen av "liquidated damages". I likhet med betydningen av realkreditors berikelse, ville det vært inkonsekvent å la adekvansbetraktninger få betydning ved anvendelsen av "liquidated damages". Når realkreditor i utgangspunktet kan gjøre krav gjeldende uten å bevise noe

---

<sup>140</sup> Se særlig [1905] A.C. 6 s. 13. Earl of Halsbury L.C. uttrykker skepsisen på følgende måte: "My Lords, I confess, after some experience, I do not think I ever heard an argument of that sort before, and I do not think I shall often hear it again."

<sup>141</sup> (1854) 9 Exch. 341

<sup>142</sup> Se *Chitty On contracts* (2004) s. 1449 og *Farnsworth* (2004) vol. III s. 255

<sup>143</sup> Jf. *Chitty On contracts* (2004) s. 1450. Formuleringen er sitert i rettspraksis, se *Brown v. KMR Services Ltd. (Formerly H.G. Poland (Agencies) Ltd.)* [1995] 2 Lloyd's Rep. 513 (CA)

tap, kan ikke det mindre, at eventuelt tap er inadekvat, være av noen betydning for klausulens anvendelse. Heller ikke adekvansbegrensninger har derfor betydning ved anvendelsen av ”liquidated damages”.

### *Tapsbegrensningsplikt*

I common law er det en begrensning på skadelidtes erstatningsmessige tap ut fra det vi i norsk rett vil kalle en tapsbegrensningsplikt. I common law kan dette kalles ”duty of mitigation”, skjønt teoretikerne synes å være samstemte om at ordet ”duty” er misvisende.<sup>144</sup> Regelen er uansett at skadelidte ikke kan kreve dekket det tapet han med rimelighet kunne unngått.<sup>145</sup> Begrunnelsen for regelen i common law er det samfunnsmessige hensynet i å unngå sløsing av ressurser.<sup>146</sup>

Problemstillingen er om det gjelder en tapsbegrensningsplikt når det er avtalt ”liquidated damages”. I engelsk rett synes domstolene å legge til grunn at realkreditor ikke trenger å redusere sine tap dersom han forholder seg til en ”liquidated damages”.<sup>147</sup> Dette er også lagt til grunn i engelsk teori.<sup>148</sup> Grunnen til dette kan igjen tenkes å være at engelske domstoler ikke lar det tap realkreditor lider få betydning for erstatningsplikten etter ”liquidated damages”. Videre kan det diskuteres om ikke hensynet til å unngå sløsing er ivaretatt ”liquidated damages” i seg selv. ”Liquidated damages” utelukker erstatning på alminnelig grunnlag. Ved å stipulere et beløp som skal utgå som erstatning uavhengig av det faktiske tap, er det fare både for over- og underkompensering av realkreditor. Det er da uansett i realkreditors interesse å søke å begrense sitt faktiske tap, da dette vil øke den totale profitten i avtaleforholdet.

---

<sup>144</sup> Se for eksempel *Chitty on contracts* (2004) s. 1479 og Farnsworth (2004) vol. III s. 231

<sup>145</sup> *Chitty on contracts* (2004) s. 1479 og Farnsworth op. cit. s. 229

<sup>146</sup> *Chitty on contracts* (2004) s. 1479 og Farnsworth op. cit. s. 316

<sup>147</sup> Se for eksempel *Abrahams v Performing Right Society* [1995] I.C.R. 1028 (CA)

<sup>148</sup> McGregor (2003) s. 426



I amerikansk rett synes det å være diskutert om partene har en slik adgang til å fravike det samfunnsmessige hensynet om å unngå sløsing av ressurser, og at utgangspunktet kanskje er at dette kan ikke partene fravike uten videre.<sup>149</sup> Der retten kommer til at klausulen er ”liquidated damages” og ikke en ”penalty”, er imidlertid tapsbegrensningsplikten av mindre betydning.<sup>150</sup> Enkelte avgjørelser kunne tilsi at tapsbegrensningsplikten består også under ”liquidated damages”.<sup>151</sup> Likevel ser det ut til at hovedregelen i amerikansk rett er at tapsbegrensningsplikt for realkreditor er irrelevant når det er avtalt virksomme ”liquidated damages”.<sup>152</sup>

Etter dette kan det sies at det ikke gjelder noen tapsbegrensningsplikt for tap som dekkes av ”liquidated damages”.

### *Oppsummering*

Behandlingen over har vist at det under common law ikke er adgang for realkreditor til å kreve erstattet sitt tap på alminnelig grunnlag når det er avtalt ”liquidated damages” for kontraktsbruddet, og erstatningsklausulen er kompensasjonsrelevant for dette tapet. Videre vil ingen av de alminnelige prinsippene for utmåling av erstatning komme til anvendelse når erstatningen utmåles etter ”liquidated damages” under common law. ”Liquidated damages” innebærer et like objektivt ansvar for kontraktsbrudd som ellers i common law. Det faktiske tapet og dets erstatningsmessige stilling etter de alminnelige regler blir uten betydning for et krav etter ”liquidated damages”. Erstatningsklausuler rubrisert som ”liquidated damages” medfører dermed at de alminnelige reglene om erstatningsutmåling for kontraktsbrudd settes helt ut av spill.

---

<sup>149</sup> Jf. Farnsworth (2003) vol. III s. 316-317

<sup>150</sup> Se for eksempel *Aramark Uniform Services v. Meylan Enterprises* 2007 WL 1532329 (Neb. 2007) og *Lake Ridge Academy v. Carnay*, 66 Ohio St. 3d 376 (Ohio 1993)

<sup>151</sup> Se for eksempel *Browning Feeris v. Eating Establishment*, 575 N.W.2d 885 (Neb. 1998) der det ble uttalt at ”we do not believe a contracting party can negate the general duty to mitigate damages by merely inserting a liquidated damages provision in a contract”. Avgjørelsen er tolket til kun å gjelde tilfeller der klausulen regnes som en ”penalty”, og tapsbegrensningsplikt har ingen betydning for virksomme ”liquidated damages”, se *Aramark v. Meylan* 2007 WL 1532329 (Neb. 2007).

<sup>152</sup> Se *NPS, LLC v. Minihane* 451 Mass. 417, 423 (Mass. 2008): ”We will follow the rule in many other jurisdictions and hold that, in the case of an enforceable liquidated damages provision, mitigation is irrelevant and should not be considered in assessing damages.”

### 2.3.3 Erstatningsklausuler og andre misligholdsbeføyelser

I dette avsnitt skal drøftes om noen av realkreditors andre misligholdsbeføyelser enn erstatning blir berørt av erstatningsklausulen, fortsatt under forutsetning av at avtalen ikke har en eksplisitt regulering som angår dette. De mest praktiske misligholdsbeføyelsene utover erstatning er naturaloppfyllelse og heving. Av plasshensyn avgrenses avhandlingen mot å behandle andre misligholdsbeføyelser enn disse.

Her kan imidlertid kort nevnes at det gjerne oppstår et restitusjonskrav i forbindelse med hevingsoppgjøret. Restitusjon vil i common law være en egen misligholdsbeføyelse, der hensikten ut fra berikelsessynspunkter er å sette misligholdende part i den posisjon han ville hatt dersom kontrakten ikke var inngått.<sup>153</sup> De problemstillinger som reiser seg i forbindelse med restitusjonskravet antas å ha mindre betydning for anvendelsen av erstatningsklausulen og behandles ikke i det videre.

#### *Naturaloppfyllelse (specific remedy)*

Som nevnt kan realkreditor under enkelte omstendigheter ha krav på naturaloppfyllelse eller såkalte "specific remedies". Disse kan deles i "specific performance" og "injunction".<sup>154</sup> Mens "specific performance" innebærer en dom på at realdebitor skal oppfylle en positiv forpliktelse, innebærer en "injunction" en dom på at realdebitor skal oppfylle en negativ forpliktelse, med andre ord avstå fra en handling. Ofte brukes "injunction" også for å forhindre at realdebitor foretar handlinger i strid med kontraktens positive forpliktelser.<sup>155</sup>

Den første problemstillingen er om "liquidated damages" har innvirkning på et krav om naturaloppfyllelse. Avhandlingen tar som nevnt utgangspunkt i realytelsene, og for disse er det som følge av tradisjonen i common law slik at et krav om "specific remedy" er en "equitable remedy". Beføyelsen kan således ikke gis dersom det finnes fullgode beføyelser

---

<sup>153</sup> Jf. *Chitty on contracts* (2004) s. 1632 og Farnsworth (2004) vol. III s. 324

<sup>154</sup> Se nærmere *Chitty on contracts* (2004) s. 1521 ff. og Farnsworth op. cit. s. 167 ff.

<sup>155</sup> Jf. Farnsworth op. cit. s. 168

”at law”.<sup>156</sup> I praksis innebærer dette at det ikke kan gis krav på ”specific remedy” dersom erstatningsbeføyelsen gir skadelidte et fullgodt vern for hans interesser. Der ”liquidated damages” gir realkreditor et fullgodt vern for hans interesser, vil det ikke gis dom for naturaloppfyllelse. Hvorvidt dette er tilfellet beror på omstendighetene i den konkrete sak, og behandles ikke nærmere her. Også andre vilkår gjør beføyelsen mindre praktisk. For det første kan poengteres at beføyelsen er underlagt dommerens skjønn.<sup>157</sup> For det annet er det en rekke forpliktelser som etter sin art ikke kan gjøres til gjenstand for ”specific remedy” av hensyn til realdebitor.<sup>158</sup>

Under forutsetning av at realkreditor etter bakgrunnsretten ville vært berettiget til naturaloppfyllelse, blir problemstillingen om ”liquidated damages” likevel kan innebære at et krav på naturaloppfyllelse er avskåret. I engelsk rett er det lagt til grunn at realkreditor ikke kan få både ”liquidated damages” og ”injunction”, slik at et krav om ”injunction” vil ble nektet dersom realkreditor allerede har fått dom for ”liquidated damages”.<sup>159</sup> Tilsvarende må også gjelde for ”specific performance”, og det finnes også noen avgjørelser i denne retning.<sup>160</sup>

Det må imidlertid presiseres at realkreditor synes å ha en valgrett, slik at han kan velge å kreve ”specific remedy” fremfor ”liquidated damages” dersom han ønsker det.<sup>161</sup> Som nevnt innledningsvis innebærer ikke erstatningsklausulen at realdebitor innrømmes en valgrett med hensyn til hvilken ytelse han skal levere, og dette får sin konsekvens her. Av

---

<sup>156</sup> Se Treitel/Peel (2007) s. 1100 og Farnsworth (2004) vol. III s. 164

<sup>157</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 1026 og Farnsworth op. cit. s. 164

<sup>158</sup> Se nærmere Treitel/Peel (2007) s. 1029 ff. og Farnsworth op. cit. s. 165-166

<sup>159</sup> Jf. McGregor (2003) s. 429 med henvisninger til *Carnes v Nesbitt* (1862) 7 H. & N. 778 og *General Accident Assurance Co v Noel* [1902] 1 K.B. 377 (HC)

<sup>160</sup> Se for eksempel *Talley v Wolsey-Neech* (1979) 38 P. & C.R. 45 (CA), og *Abdul v Abdul* [1958] A.C. 116 (PC).

<sup>161</sup> Jf. *General Accident Assurance Co v Noel* [1902] 1 K.B. 377 (HC)

denne grunn kan heller ikke denne valgretten beskjæres av at realdebitor tilbyr seg å erlegge de avtalte ”liquidated damages”.<sup>162</sup>

I amerikansk rett synes utgangspunktet å være det samme, nemlig at domstolene kan tilkjenne realkreditor ”specific remedy” selv om kontrakten foreskriver ”liquidated damages”.<sup>163</sup> En klausul om ”liquidated damages” er altså ikke til hinder for et krav om naturaloppfyllelse. Begrunnelsen er uttalt å være at partene ved å avtale ”liquidated damages” ikke kan sies å ha satt en pris på fordelene av å ikke yte kontraktsmessig.<sup>164</sup>

Hovedregelen i common law er altså at realkreditor har en valgt rett dersom vilkårene for naturaloppfyllelse er oppfylt, men at han vanligvis ikke kan kreve begge misligholdsbeføyelser samtidig. Den neste problemstillingen er om realkreditor i noen tilfeller likevel kan ha krav på begge deler.

Dersom kravet på ”specific remedy” grunnes på et annet kontraktsbrudd enn det som ligger til grunn for kravet om ”liquidated damages” må realkreditor ha rett til å kreve begge deler.<sup>165</sup> Det kan også tenkes andre tilfeller der det er berettiget å innrømme realkreditor både naturaloppfyllelse og ”liquidated damages”. Både i engelsk og amerikansk rett synes det å være godtatt at realkreditor på generelt grunnlag kan kreve erstatning i tillegg til naturaloppfyllelse.<sup>166</sup> Dette må imidlertid antas å være tap for kontraktsbrudd frem til ”specific remedy” blir oppnådd, tap som følge av kontraktsbrudd som ikke omfattes av dommen på ”specific remedy”, eller tap som følge av at saksøkte ikke etterlever dommen på ”specific remedy”.<sup>167</sup> Særlig i kontraktsforhold der ”liquidated damages” er beregnet

---

<sup>162</sup> *National Provincial Bank of England v Marshall* (1888) 40 Ch.D. 112 (CA)

<sup>163</sup> Se *Restatement (second) § 361*. Se også *North American Consol., Inc. v. Kopka*, 644 F.Supp. 191, D.Mass., 1986 og *Brian McDonagh S.C. v. Moss*, 207 Ill.App.3d 62, 1990

<sup>164</sup> Jf. *Restatement (second) § 361 comment a*

<sup>165</sup> Jf. McGregor (2003) s. 429

<sup>166</sup> Se *Chitty on Contracts* (2004) s. 1568 og *Farnsworth* (2003) vol. III s. 170

<sup>167</sup> Se *Chitty on Contracts* (2004) s. 1568-1569 og *Restatement (second) § 361 comment a*

gradvis etter kontraktsbruddets størrelse, for eksempel ved forsinkelse, kan dette ha betydning. Det kan tenkes at realkreditor kan kreve ”liquidated damages” for forsinkelse som allerede har oppstått, og ”specific remedy” for fremtiden.<sup>168</sup> Mens engelsk rett i slike tilfeller synes å legge til grunn den avtalte ”liquidated damages”, legges dette til grunn av amerikanske domstoler bare der ”liquidated damages” gir en hensiktsmessig beregning av tapet.<sup>169</sup> Prinsipielt er det altså erstatning på alminnelig grunnlag som idømmes i amerikansk rett.

Oppsummeringsvis kan det sies at i common law stilles det strenge krav til når realkreditor kan kreve ”specific remedy”. Dersom vilkårene for naturaloppfyllelse er oppfylt, vil imidlertid ikke eksistensen av ”liquidated damages” i seg selv hindre at en kan kreve ”specific remedy”. Som hovedregel vil imidlertid ”specific remedy” være avskåret når realkreditor har gjort gjeldende erstatningsklausulen. I den grad ”liquidated damages” regulerer erstatningen for kontraktsbrudd frem til ”specific remedy” gis, vil realkreditor også kunne få både ”liquidated damages” og ”specific remedy”.

#### *Heving (discharge, termination)*

I common law har den krenkede part i enkelte tilfeller adgang til å si seg løst fra sine forpliktelser og rettigheter etter kontrakten, med den følge at subsidiære erstatningsplikter for den misligholdende part oppstår isteden. I common law kalles dette ”discharge” eller ”termination”,<sup>170</sup> og tilsvarende i mange sammenhenger det vi kaller heving i norsk rett. I engelsk rett kreves det enten at debitor ved ord eller handling tilkjennevir at han ikke har intensjoner om å oppfylle (renunciation), at forpliktelsen er blitt umulig å oppfylle som følge av debtors eget forhold (impossibility), eller at det foreligger et kontraktsbrudd som regnes som ”substantial failure to perform”.<sup>171</sup> I tilknytning til sistnevnte har det i tillegg til

---

<sup>168</sup> Jf. McGregor (2003) s. 429

<sup>169</sup> I.c. Se Restatement (second) § 361 comment a for amerikansk rett.

<sup>170</sup> Se for eksempel *Chitty on contracts* (2004) s. 1365 ff., Treitel/Peel (2007) s. 869 og Farnsworth (2004) vol. II s. 525 ff

<sup>171</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 869

den helhetsvurdering som må gjøres oppstått en rekke tekniske grunner som rettferdiggjør ”termination”.<sup>172</sup> I amerikansk rett kreves at det foreligger ”material breach” som rettferdiggjør ”termination” av kontrakten, og vurderingen synes å ligge tett opp mot den engelske.<sup>173</sup>

Problemstillingen her er først om ”liquidated damages” innvirker på realkreditors hevingsadgang. Både i engelsk og amerikansk rett er det i vurderingen av om det foreligger grunnlag for å kreve seg løst fra kontrakten adgang til å ta hensyn til om den krenkede part kan få fullgod kompensasjon for den del av ytelsen som ikke er levert kontraktsmessig.<sup>174</sup> Således vil det for eksempel være relevant å se hen til en avtalt dagmulkt ved vurderingen av om en forsinkelse gir rett til å heve kontrakten. Dersom dagmulkten gir realkreditor full kompensasjon for forsinkelsen skal det nok mye til for at et krav om heving tas til følge. Dersom det avtalte beløp underkompenserer realkreditor, taler dette for at han bør innrømmes en rett til å heve kontrakten.

Under forutsetning av hevingsretten er i behold, er problemstillingen videre om realkreditor kan kreve erstatning etter ”liquidated damages” i tillegg til heving, eller om erstatningsklausulen faller bort med resten av kontrakten. Vanligvis fører ”termination” til at kontraktens forpliktelser in natura faller bort, men det er ikke dermed sagt at forpliktelser i form av ”liquidated damages” skal bortfalle. Disse er direkte knyttet til kontraktsbruddet, og det gir for så vidt god mening å opprettholde de ved hevingsoppgjøret. Således antas det i engelsk rett at domstolene, ved fastsettelsen av erstatningen etter ”termination”, må gi effekt til klausuler som innebærer en avtalt erstatning.<sup>175</sup> I amerikansk rett er utgangspunktet at det kan kreves erstatning som følge av ”termination”. Erstatningen skal

---

<sup>172</sup> Se nærmere Treitel/Peel (2007) s. 879 ff.

<sup>173</sup> Se nærmere Farnsworth (2004) vol. II s. 526

<sup>174</sup> Se Treitel/Peel (2007) s. 871 og Restatement of Contracts § 241 litra b

<sup>175</sup> Se *Chitty on contracts* (2004) s. 1398

fastsettes på alminnelig grunnlag, men der den avtalte ”liquidated damages” fremstår som en hensiktsmessig beregning av tapet legges dette til grunn for erstatningsutmålingen.<sup>176</sup>

Det kan spørres om dette gjelder uavkortet også der heving begrunnes i et antasipert mislighold. Strengt tatt har det ikke inntruffet et kontraktsbrudd som erstatningsklausulen kan anvendes på. Avhandlingen vil ikke forfølge denne problemstillingen, men antakelig er det liten grunn til å avfeie et krav etter erstatningsklausulen med en slik begrunnelse, siden rettsvirkningene av antasipert mislighold ellers likestilles med faktisk kontraktsbrudd i common law.<sup>177</sup>

### *Oppsummering*

Fremstillingen har vist at under common law vil et krav etter erstatningsklausulen vanligvis utelukker et krav på naturaloppfyllelse, og erstatningsklausulen må tas med i vurderingen av om et krav på naturaloppfyllelse eller heving er berettiget eller ikke. Ut over dette er det i utgangspunktet liten sammenheng mellom misligholdsbeføyelsene. Således medfører ikke erstatningsklausulen at realkreditor mister de beføyelser han ellers måtte ha etter bakgrunnsretten, på samme måte som han mister retten til å kreve erstatning på alminnelig grunnlag.

### 2.3.4 Eksplisitte reguleringer

De overnevnte problemstillinger er drøftet under forutsetning av at avtalen ikke har en eksplisitt regulering av forholdet mellom erstatningsklausulen og realkreditors alminnelige beføyelser etter kontrakten. I det følgende vil det redegjøres for virkningen av å avtale generelle reguleringer i forhold til andre misligholdsbeføyelser enn erstatning etter erstatningsklausulen. Disse generelle reguleringene kan deles i to: den ene søker å utelukke andre misligholdsbeføyelser, den andre søker å klargjøre at erstatningsklausulen ikke skal ha innvirkninger på øvrige misligholdsbeføyelser.

---

<sup>176</sup> Jf. Restatement of Contracts § 242. Fremgangsmåten er altså den samme som for erstatning ved siden av ”specific performance”.

<sup>177</sup> Se Treitel (1988) s. 379

*”Sole remedy” og forholdet til ”exemption clauses”*

Det å utelukke andre beføyelser enn ”liquidated damages” vil i mange tilfeller ikke medføre særlig praktisk forskjell for partene, all den tid erstatning er den vanlige misligholdsbeføyelsen i både engelsk og amerikansk rett. Imidlertid er det ikke alltid realkreditor vil ha den samme nytte av erstatning som han ville ha hatt av beføyelser som naturaloppfyllelse eller heving av kontrakten.

Som nevnt ekskluderer ”liquidated damages” i seg selv realkreditors adgang til å kreve erstatning for tapet på alminnelig grunnlag. I den grad andre misligholdsbeføyelser etter bakgrunnsretten ville vært utelukket, er det ingen grunn til å behandle ”sole remedy”-klausulen annerledes enn andre ”liquidated damages”. I slike tilfeller har den ingen ytterligere funksjon. Under forutsetning av at andre beføyelser ville vært tilgjengelig etter bakgrunnsretten, er problemstillingen hvilke rettsvirkninger som kan utledes av en ”sole remedy”-klausul.

En klausul som søker å utelukke andre beføyelser enn forhåndsfastsatt erstatning vil innebære at en kontraktspart fristilles fra forpliktelser eller ansvar han har etter en kontrakt. Som behandlet over punkt 2.1.3 vil en slik klausul defineres som en ”exemption clause” i engelsk rett,<sup>178</sup> eller en ”limitation of remedies” etter amerikansk rett.<sup>179</sup> Dette innebærer at en slik klausul er underlagt de strengere tolkningsreglene som gjelder ”exemption clauses”, herunder ”contra proferentem” og kravet til tydelighet og klarhet.

Det kan synes som om det sjelden oppstår tolkningsproblemer vedrørende rekkevidden av ”sole remedy” klausuler i praksis. Årsaken er formodentlig at dersom ”liquidated damages” er spesifisert som ”sole remedy”, tør det være ganske åpenbart etter ordlyden at andre beføyelser skal være utelukket for kontraktsbrudd som omfattes av klausulen. En problemstilling som kan reises, er om klausulen er effektiv uavhengig av realdebitors skyld. For at dette skal være tilfellet er det både i engelsk og amerikansk rett antatt at

---

<sup>178</sup> Se *Chitty On contracts* (2004) s. 792

<sup>179</sup> Farnsworth (2004) vol. I s. 599



klausulen enten må ha spesifikk referanse til ”negligence”, eller at klausulen tilstrekkelig klart kan tolkes slik at alt ansvar fraskrives uten unntak.<sup>180</sup> Klausuler som tydelig indikerer at intensjonen er å fraskrive alt ansvar uten unntak, for eksempel klausuler som fraskriver ansvar for alle tilfeller unntatt det ansvar som følger av klausulen selv, regnes for å dekke alle former for uaktsomhet etter engelsk rett.<sup>181</sup> Det kan dermed argumenteres for at avtaler der ”liquidated damages” er realkreditors ”sole remedy” for et kontraktsbrudd, gjør det tilstrekkelig klart at misligholdsansvar utover erstatningsklausulen er avskåret, uansett skyld hos realdebitor. På den annen side synes det unaturlig å trekke denne slutning for ”sole remedy”-klausuler. ”Liquidated damages”, som den knyttes til, regulerer et ansvar som fremstår som objektivt. Således er det ikke helt tydelig at partene mente å fraskrive ansvar for kontraktsbrudd med årsak i realdebitors skyld.

Det er derfor tilrådelig å forfatte klausulen med eksplisitt henvisning til ”negligence”, dersom en vil sikre at klausulen skal være effektiv også i disse tilfellene. Om klausulen også dekker realdebitors forsett krever enda klarere holdepunkter, men som nevnt er det ikke utelukket å fraskrive seg ansvaret også for slike tilfeller gjennom bruk av erstatningsklausuler.<sup>182</sup>

### *”Penalty” som ”sole remedy”*

Under forutsetning av at klausulen blir vurdert som en ”penalty”, oppstår det særlige spørsmål i forhold til ”sole remedy”-klausuler. Rettsvirkningen av at domstolene anser klausulen til å være en ”penalty” er at en ikke kan kreve den. Problemstillingen er hvilke rettsvirkninger ”sole remedy”-klausulen får i et slikt tilfelle. ”Sole remedy” bestemmelsen vil ikke selv være en ”penalty”, og vil ikke være ineffektiv av denne grunn.

---

<sup>180</sup> Jf. *Chitty on Contracts* (2004) s. 799 og Farnsworth (2004) vol. I s. 618

<sup>181</sup> Jf. *Chitty on Contracts* (2004) s. 799: “... words which clearly indicate an intention to exclude all liability without exception [will normally cover negligence], for example ... all liability save that specified in the clause.”

<sup>182</sup> Jf. *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361

Når det gjelder "exemption clauses" vil engelske domstoler være skeptiske til å godta et resultat der den ene parten blir stående helt uten beføyelser.<sup>183</sup> I engelsk rett er det imidlertid ingen prinsipielle grenser for hvor langt en kan gå i å fraskrive seg ansvar. Der kontrakten har en "penalty" som "sole remedy" er ordlyden relativt klar. Realkreditor kan ikke kreve noe annet enn det avtalte beløp, og kan ikke dette kreves, er ikke ordlyden til hinder for at han blir stående uten beføyelser. På den annen side kan argumenteres med at "sole remedy" er noe annet enn "no remedy". Kontrakten vil med et slikt resultat reduseres til en beskjedne intensjonserklæring fra realdebitors side.

Uansett konklusjon på dette spørsmålet er det tilrådelig at denne situasjonen avklares i avtalen. Der realdebitor insisterer på at erstatningsklausulen skal være "sole remedy" for hans kontraktsbrudd, bør realkreditor på sin side insistere på en bestemmelse om at han kan kreve erstatning etter alminnelige regler, dersom det viser seg at det avtalte beløp skulle vise seg å bli satt tilside som en "penalty".

*"Without prejudice to any other rights or remedies" og forholdet til "penalties"*

En eksplisitt regulering med motsatt effekt kan også tenkes, nemlig der klausulen bestemmer at realkreditors øvrige beføyelser etter bakgrunnsretten skal være uanfektet av erstatningsklausulen.<sup>184</sup> I slike tilfeller vil erstatningsklausulen, etter sin ordlyd, innebære en avtalt misligholdsbeføyelse som ikke skal innvirke på realkreditors alminnelige misligholdsbeføyelser. Problemstillingen er her hvilke rettsvirkninger partene oppnår ved en slik klausul.

I forhold til den alminnelige erstatningsbeføyelsen vil de samme vurderinger som ellers ligger bak erstatningsklausulens eksklusivitet i common law, gjøre seg gjeldende her. Dersom erstatningsklausulen gir realkreditor adgang til å kreve erstatning på alminnelig grunnlag i tillegg til eller istedenfor erstatningsklausulen, vil den bli ansett som en

---

<sup>183</sup> Jf. det tidligere votumet til Lord Wilberforce i *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361, 432

<sup>184</sup> Jf. det siterte eksempelet fra *Dunlop v New Garage* [1915] A.C. 79

”penalty” og dermed ineffektiv. Reguleringen vil dermed neppe tolkes slik at den åpner for et krav på erstatning på alminnelig grunnlag.

Når det kommer til andre misligholdsbeføyelser, vil ikke reguleringen endre de vilkår som ellers stilles for kunne kreve disse. ”Liquidated damages” skal jo være uten innvirkning på disse. Andre beføyelser enn erstatning er dermed underlagt de samme begrensningene som ellers. Forutsatt at andre misligholdsbeføyelser er tilgjengelige etter bakgrunnsretten, kan det spørres om reguleringen utvider realkreditors adgang til å kreve både ”liquidated damages” og andre beføyelser samtidig. Som nevnt over har han i slike tilfeller en valgtrett. Hvis erstatningsklausulen skal være uten innvirkning på øvrige beføyelser, må denne valgtretten være i behold.

Om klausulens ordlyd kan strekkes så langt som til å si at realkreditor i større grad enn ellers kan gjøre gjeldende rettigheter både etter bakgrunnsretten og etter ”liquidated damages” står som et åpent spørsmål. I den grad erstatningsklausulen skal komme som et tillegg til de andre beføyelsene i større grad enn ellers, vil klausulen kunne stå i fare for å rubiseres som en ”penalty”, fordi den da kan gi anvisning på en større erstatning enn realkreditor ellers ville hatt krav på. Det er derfor mer naturlig å tolke frasen som en presisering av at andre rettigheter enn ”liquidated damages” er i behold på samme måte som ellers, enn en klausul som søker å gi realkreditor større rettigheter enn ellers.

## 2.4 Oppsummerende om behovet for erstatningsklausuler i engelsk og amerikansk rett

Fremstillingen til nå har vist at erstatningsklausulene som regel er en effektiv måte å fravike bakgrunnsrettens alminnelige regler om utmåling av erstatning både i engelsk og amerikansk rett. Unntaket her er tilfellene der partene ønsker å fikse en høy sum for realdebitors kontraktsbrudd for å forhindre kontraktsbrudd. Selv om det i noen kontraktsforhold kan være lett å se et legitimt behov for å øke oppfyllelespresset på realdebitor, forhindres dette gjennom forbudet mot ”penalties”. ”Liquidated damages” som går klar av denne regelen, fyller viktige behov for forretningslivet ved at de gir anvisning

på klare og forutberegnelige løsninger. De alminnelige reglene knyttet til erstatningsutmåling får ikke anvendelse.

”Liquidated damages” er særlig godt egnet til å begrense erstatningsansvaret i engelsk og amerikansk rett, siden de trer istedenfor realkreditors krav på alminnelig erstatning og samtidig skjærer klar av de restriktive tolkningsregler som ellers gjelder ”exemption clauses”. Parter som ønsker å styre risiko for store tap oppnår således større forutberegnelighet ved bruk av ”liquidated damages” fremfor tradisjonelle ansvarsbegrensninger der tolkningsproblemer kan oppstå i ettertid. Ulempen ved å bruke ”liquidated damages” fremfor en ren ansvarsbegrensning er at realkreditor i tilfelle av kontraktsbrudd kan få det avtalte beløp uten å bevise noe tap.

Gjennomgangen av erstatningsklausulenes rekkevidde i forhold til de alminnelige misligholdsbeføyelsene tilsier at det faktiske behovet for ”sole remedy” klausuler neppe er så stort i engelsk og amerikansk rett. Erstatningsklausulen ekskluderer i seg selv muligheten for erstatning etter alminnelige regler, og andre misligholdsbeføyelser er underlagt vesentlige begrensninger. De kontraktsforhold hvor realdebitor har et særlig lite ønske om å påtvinges en naturaloppfyllelse, vil gjerne være unntatt fra denne misligholdsbeføyelsen i utgangspunktet. Men i forhold til realkreditors hevingsadgang kan nok ”sole remedy” være en hensiktsmessig regulering til fordel for realdebitor. Imidlertid vil denne type klausuler defineres som ansvarsfraskrivelser og underkastes et kritisk blikk fra domstolene. En slik overhengende fare for innskrenkende fortolkning vil generelt motvirke den forutberegnelighet klausulen kanskje søker å oppnå.

Mindre behov er det for frasen ”without prejudice to other rights or remedies”, fordi denne som hovedregel må tolkes som en henvisning til de misligholdsbeføyelser realkreditor ellers vil kunne gjøre gjeldende i tillegg til de ordinære ”liquidated damages”. Frasen er dermed uten selvstendig rettslig betydning.

### **3 Oversikt over relevant norsk bakgrunnsrett i lys av common law**

#### **3.1 Innledning**

Fremstillingen til nå har fokusert på klausulenes tolkning og anvendelse i engelsk og amerikansk rett. Som nevnt innledningsvis, er det ved vurderingen av klausulenes virkning under norsk rett det klare utgangspunktet at klausulene tolkes i samsvar med den norske rettstradisjon og den norske bakgrunnsretten.<sup>185</sup> Som grunnlag for de nærmere drøftelsene av klausulenes tolkning og anvendelse i norsk rett, vil dette avsnittet se nærmere på de hovedtrekk i den norske bakgrunnsretten som antas å ha særlig betydning for avhandlingen.

En av avhandlingens sentrale problemstillinger er også å undersøke om klausulene kan ha samme effekt i common law og norsk rett. Forskjeller i bakgrunnsretten vil være hovedårsaken til at klausulene eventuelt gis forskjellig effekt. Dette avsnittet vil derfor ikke bare gi en oversikt over den relevante bakgrunnsretten i norsk rett, men også påpeke de forskjeller fra common law som kan ha betydning for klausulens effekt.

#### **3.2 Tolkningstradisjonen**

Generelt kan det sies at engelske og amerikanske domstoler ved sin tolkning anlegger et snevrere sett av tolkningsmomenter enn norske domstoler. Dette vises dels gjennom prosessuelle regler for hva som tillates av bevis rundt kontraktens innhold, og dels gjennom materielle regler for tolkningsmomentenes relevans og vekt. Avhandlingens omfang tillater ikke å gå i detalj om disse reglene, men noen hovedpunkter beskrives i det følgende.

Utgangspunktet for kontraktstolkningen, både i norsk rett og common law, er avtalens ordlyd etter en objektiv tolkning.<sup>186</sup> I norsk rett er ordlyden av særlig stor betydning

---

<sup>185</sup> Jf. Solvang (2008) s. 74 og Moss (2007) s. 21

<sup>186</sup> Jf. Woxholth (2003) s. 436, Treitel/Peel (2007) s. 211 og Farnsworth (2004) vol. I s. 210

mellom profesjonelle parter, jf. Rt. 1994 s. 581 og Rt. 2002 s. 1155.<sup>187</sup> Der ordlyden er klar er dette som regel avgjørende for kontraktens innhold.

Til tross for tilnærmet samme utgangspunkt så langt, kan den nærmere fastleggelsen av avtalens innhold slå forskjellig ut i common law og norsk rett. Dette gjelder særlig i de ikke helt sjeldne tilfeller hvor ordlyden åpner for tolkningstvil, og dommeren må foreta et valg mellom to eller flere tolkningsalternativer. For det første er det forskjellige regler for hvilke omstendigheter som kan trekkes inn i tolkningsprosessen. Ved vurderingen av hvilke rettsvirkninger som kan trekkes ut av ordlyden, vil alle bevis av relevans for dette som hovedregel tillates ført - prosessuelt sett - i norsk rett.<sup>188</sup> Og i tolkningsprosessen er alle omstendigheter som er egnet til å belyse kontraktens innhold i prinsippet relevant. I common law er det gjennom den såkalte "parol evidence rule" gitt begrensninger i adgangen til å føre bevis for å utfylle, endre eller motsi et skriftlig avtaledokument. Og hvis beviset likevel skulle bli ført, har ikke dommeren anledning til å legge vekt på det.<sup>189</sup> Selv om denne regelen ikke gjelder unntaksfritt, innebærer dette et helt annet utgangspunkt for dommerens tolkning enn i norsk rett.

For det andre gjøres det i common law et markert skille mellom "express terms" og "implied terms". Sistnevnte er normer som ikke fremgår uttrykkelig av avtalen, men som innfortolkes i avtaleforholdet gjennom lovgivning, partenes intensjoner eller kutyme.<sup>190</sup> Rettsanvenderen må først ta stilling til hva som følger av "express terms", og først når disse ikke gir en løsning til spørsmålet som er oppstått, kan han gå over til å se om det er grunnlag for å anvende "implied terms".<sup>191</sup> Skillet har i noen grad en parallell til de norske

---

<sup>187</sup> I Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159 ble det blant annet uttalt følgende: "At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer."

<sup>188</sup> Jf. utgangspunktet i tvisteloven § 21-3.

<sup>189</sup> Se Treitel/Peel (2007) s. 192 og Farnsworth (2004) vol. II s. 222

<sup>190</sup> Treitel/Peel (2007) s. 208 og Farnsworth op. cit. s. 346

<sup>191</sup> Jf. Farnsworth op. cit. s. 346

begrepene tolkning og utfylling.<sup>192</sup> I norsk rett er det teoretiske skillet mellom de to begrepene imidlertid ikke like skarpt i praksis.<sup>193</sup> Det kan hevdes at rettsanvenderen må rette oppmerksomheten på helheten i avtaleforholdet, og legge avgjørende vekt på samspillet mellom avtalen i snever forstand og annet utfyllende rettsstoff.<sup>194</sup>

Erstatningsklausulenes innhold under norsk rett vil derfor lettere kunne påvirkes av deklarasjonslovgivning, kontraktspraksis eller partenes praksis. I engelsk og amerikansk rett må slike tolkningsfaktorer tilfredsstille kravene til ”implied terms” for å få betydning for avtalens innhold.

For det tredje er det i norsk rett større adgang til å legge vekt på andre tolkningsmomenter enn ordlyden og deklarasjonsregler. Adgangen til å vektlegge formålet er ett eksempel. Formålet kan utledes av avtalens ordlyd eller andre relevante tolkningsfaktorer. Norske domstoler vil søke å komme til det tolkningsalternativ som realiserer eller harmonerer med avtaleformålet, jf. Rt. 1991 s. 220. Og er et tolkningsalternativ i strid med formålet, vil dette normalt aldri bli foretrukket, jf. Rt. 1984 s. 785.<sup>195</sup> Likevel, jo mer indirekte og uklart formålet fremkommer i avtaleforholdet, jo mindre betydning vil formålsbetraktningene ha i totalvurderingen, jf. Rt. 1994 s. 741. I forlengelsen av dette kan også en parts forutsetninger for avtalen ha betydning. Dette krever imidlertid at den annen part kjente til motpartens forutsetning for avtaleinngåelsen, jf. Rt. 1996 s. 1696.

I engelsk rett er målet for tolkningen å komme frem til partenes ”intensjoner” i kontraktsforholdet.<sup>196</sup> Men dette gjøres gjennom å tolke ordlyden, og partenes intensjoner fremstår dermed mer som målet for prosessen enn middelet.<sup>197</sup> Vurderingen av om

---

<sup>192</sup> Se Hov (2002) s. 176

<sup>193</sup> Se Hov (2002) s. 176 og Woxholth (2006) s. 398-399

<sup>194</sup> Se Woxholth (2006) s. 399

<sup>195</sup> *ibid.* s. 418

<sup>196</sup> Jf. *Chitty on contracts* (2004) s. 729

<sup>197</sup> *ibid.* s. 730: “The cardinal presumption is that the parties have intended what they have in fact said, so that their words must be construed as they stand.”

klausulen er ”liquidated damages” eller en ”penalty” er et godt eksempel på dette. Skillet avgjøres på bakgrunn av formålet med klausulen. Formålet er imidlertid noe domstolene selv må vurdere ut fra en tolkning av klausulens ordlyd, og hva partene beviselig måtte ha ment med bestemmelsen er uten betydning. Klausulens ”formål” er derfor vesentlig snevrere enn i norsk rett.

For amerikansk retts vedkommende er Farnsworth skeptisk til i det hele tatt å bruke ”the intention of the parties” som navn på resultatet av tolkningsprosessen. Han skriver at ”if the parties attached different meanings to [the language in question], the court’s task is the more complex one of applying a standard of reasonableness to determine which party’s intention is to be carried out at the expense of the other’s.”<sup>198</sup>

Videre kan det nevnes at i norsk rett skal kontraktsvilkår tolkes slik at det tilstrebes et resultat som fremtrer som rimelig og fornuftig.<sup>199</sup> At rimelighetsvurderinger kan få betydning ved tolkningen av erstatningsklausuler i norsk rett, fremgår direkte av Rt. 1924 s. 1244.<sup>200</sup> Hva som er rimelig i det enkelte tilfellet vil selvsagt variere. Den rimelighetsstandarden som i dag er nedfelt i avtalelovens § 36 kan være til hjelp for å fastslå dette, og det er som nevnt innledningsvis en alminnelig oppfatning at bestemmelsen fungerer som en retningslinje ved tolkningen. I avtaleforhold mellom kommersielle parter, der domstolene vil være varsomme med å foreta en direkte avtalerevisjon, kan denne indirekte betydningen av avtalelovens § 36 ha stor praktisk rekkevidde. Betydningen av rimelighetshensyn må i den konkrete sak sees i sammenheng med hensynet til forutberegnelighet, som har stor vekt især i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, jf. Rt. 2002 s. 1155.

I engelsk rett veier hensynet til forutberegnelighet markant tyngre enn hensynet til rimelighet ved tolkningsspørsmål. Også her kan imidlertid rimelighetshensyn få en viss betydning ved tolkningen av ”express terms” som er uklare eller tvetydige, eller som

---

<sup>198</sup> Jf. Farnsworth (2003) vol. II s. 285

<sup>199</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 43

<sup>200</sup> Her ble en erstatningsklausul ansett uanvendelig i den konkrete situasjon ”i overensstemmelse md [sic!] rimelige fortolkningsregler”



hjelpefaktor ved vurderingen av om det kan innfortolkes en "implied term".<sup>201</sup> Rimelighet vil likevel ikke være noe selvstendig argument: "[T]he courts will not imply a term in fact merely because it would be reasonable to do so."<sup>202</sup> Amerikansk rett synes å legge noe mer vekt på rimelighet også ved tolkningen av "express terms".<sup>203</sup>

### 3.3 Lojalitet i kontraktsforhold

Betydningen av rimelighet ved tolkningen i norsk rett bringer oss over til prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Det kan hevdes at prinsippet er en undergruppe av rimelighetshensyn.<sup>204</sup> Som rimelighetshensyn har prinsippet betydning i forhold til tolkning av avtalen.<sup>205</sup> Norsk rett vil være skeptiske til å godta et tolkningsresultat som fremmer illojal adferd eller lar illojal opptreden stå usanksjonert.

Lojalitetsprinsippet har solid forankring i norsk rett.<sup>206</sup> Prinsippet innebærer at partene har en viss plikt til å ivareta medkontrahentens interesser, i enkelte tilfeller selv om dette går på bekostning av egne interesser. En utilbørlig tilsidesettelse av motpartens interesser vil kunne karakteriseres som illojalt. Prinsippet kan i tillegg til å være et hensyn ved tolkningen ha selvstendig virkning i den konkrete situasjon. Illojalitet under avtaleinngåelsen kan eksempelvis medføre ugyldighet eller erstatningsansvar for den negative kontraktsinteresse.<sup>207</sup>

Siden oppgaven behandler klausuler relatert til kontraktsbrudd avgrenses mot noen nærmere behandling av den prekontraktuelle lojalitetsplikten. Imidlertid kan nevnes at noen prekontraktuelle lojalitetsplikter kan få

---

<sup>201</sup> Jf. Treitel/Peel (2007) s. 225

<sup>202</sup> *ibid.* s. 225-226

<sup>203</sup> Jf. Farnsworth (2004) vol. II s. 286: "[T]he court must apply a standard of reasonableness in interpreting the contract language."

<sup>204</sup> Således Woxholth (2003) s. 451

<sup>205</sup> Jf. Hov (2002) s. 43. Se nærmere nedenfor punkt 3.4

<sup>206</sup> Se Nazarian (2007) s. 85 ff.

<sup>207</sup> Jf. Rt. 1984 s. 28 og Rt. 1998 s. 761

misligholdsvirkninger, eksempelvis opplysningsplikten.<sup>208</sup> Slike plikter kan også være sanksjonert med en erstatningsklausul, og det må antas at rettsvirkningen av erstatningsklausulen i slike tilfeller er den samme som ellers.

Illojalitet på oppfyllelesstadiet kan innebære kontraktsbrudd eller medføre suspensjon av ellers berettigete misligholdsbeføyelser, selv om dette ikke fremgår av ordlyden i avtalen.<sup>209</sup> I forhold til tema for denne avhandlingen, skal særlig bemerkes at illojalitet kan begrense en parts rettigheter i misligholdssituasjonen.<sup>210</sup> Dette innebærer at rettighetene etter en erstatningsklausul kan tenkes bortfalt eller suspendert som følge av illojalitet i norsk rett.

I engelsk rett er ikke lojalitet å anse som et generelt hensyn, men gjenfinnes i enkelte kontraktsforhold, for eksempel forbrukerkontrakter<sup>211</sup> eller kontrakter med særlig tillitsforhold (såkalte fiduciary duties).<sup>212</sup> I andre kontraktsforhold er dette altså ikke et relevant hensyn. Heller ikke i amerikansk rett er lojalitet et hensyn med særlig stor betydning. Gjennom UCC artikkel 1-304 og senere i Restatement of Contracts § 205 har prinsippet om ”good faith” i enkelte stater likevel fått betydning for tolkning av kontrakter, også utenfor rekkevidden til UCC.<sup>213</sup>

### 3.4 Adgangen til å avtale erstatningsklausuler

Utgangspunktet for kontraktsretten både under common law og sivilrettslige systemer er prinsippet om kontraktsfrihet. Partene har, utenfor forbrukerforhold, i alminnelighet adgang til forme avtalens rettigheter og forpliktelser som de vil. Når det gjelder adgangen til å

---

<sup>208</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 135

<sup>209</sup> Se eksempelvis Rt. 1936 s. 909 og Rt. 2004 s. 1256.

<sup>210</sup> Jf. Rt. 2004 s. 1256 og Hov (2002) s. 44

<sup>211</sup> Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 art. 5 (1)

<sup>212</sup> Lojalitetshensyn ved ”fiduciary duties” har forankring i flere rettsavgjørelser, se nærmere Treitel/Peel (2007) s. 797 ff.

<sup>213</sup> Se Farnsworth (2003) s. 356

avtale og håndheve erstatningsklausuler, stiller norsk rett og common law seg imidlertid ganske forskjellig.

Norsk rett tar som generelt utgangspunkt at både ”liquidated damages” og ”penalties” er gyldige. I common law er utgangspunktet et annet, som følge av forbudet mot ”penalties”. Drøftelsene om klausulens effekt i common law viser at det utover dette forbudet gjelder få begrensninger i avtalefriheten for ”liquidated damages”. Den rettslige virkningen av klausulen i norsk rett kan bli uventet for parter som overser forskjellen mellom ”liquidated damages” og ”penalties” i common law. Sett for eksempel at partene ønsker at erstatningsklausulen skal ha pønale effekter, noe som er fullt mulig i norsk rett. Som følge av kontraktspraksis i engelsk eller amerikansk rett betegnes klausulen likevel ”liquidated damages”. En naturlig tolkning av ordlyden, i lys av uttrykkets engelske betydning, kan da medføre at klausulen i utgangspunktet blir sett på som en klausul som utmåler en rimelig erstatning, fremfor en klausul som har til formål å være et oppfyllelsespress. Den overordnede betydningen av ordlyden og formålet med klausulen ved tolkning av klausulene i norsk rett behandles nærmere under 4.1.3.

Det norske utgangspunktet om gyldighet for både ”liquidated damages” og ”penalties” må imidlertid nyanseres i lys av det nevnte lojalitetsprinsippet og avtalelovens § 36, som oppstiller en generell grense for gyldigheten av urimelige avtaler.<sup>214</sup> Bestemmelsen kan ramme både urimelig høyt og urimelig lavt stipulerte erstatningsklausuler. Tilsvarende vil bestemmelsen sette en grense for adgangen til å avtale erstatningsklausuler som ”sole remedy”. Hva som skal til for at avtalen regnes som urimelig vil bero på en konkret helhetsvurdering. I lys av erstatningsklausulens effekt i common law i forhold til høye og lave estimeringer, kan det som en generell hypotese antas at norsk rett tillater betydelig høyere forhåndsavtalt erstatning enn i common law, men at adgangen til å benytte erstatningsklausulen som ansvarsbegrensning kan være noe mindre. Spørsmål om avtalerevisjon drøftes nærmere under punkt 4.4.

---

<sup>214</sup> Se Nazarian (2007) s. 76 som mener at lojalitetsprinsippet like gjerne kan inngå som en del av vurderingen etter avtalelovens § 36.

### 3.5 Sanksjonssystemet ved kontraktsbrudd

For å kunne kreve erstatning for kontraktsbrudd kreves etter norsk rett at kontraktsbruddet er av en slik art at det innebærer et ansvarsgrunnlag.<sup>215</sup> Videre kreves at den krenkede part kan påvise et økonomisk tap som er en adekvat følge av kontraktsbruddet. Norsk rett har ingen konstruksjon tilsvarende ”nominal damages”. I common law er det tilstrekkelig for å statuere erstatningsansvar at det er påvist et kontraktsbrudd. Disse forskjellige utgangspunktene kan få konsekvenser for tolkningen av erstatningsklausulene i norsk rett, fordi det ikke er sikkert at kontraktsbrudd som objektivt sett er omfattet av klausulen er tilstrekkelig til å medføre ansvar. I og med at ”penalties” er tillatt i norsk rett, vil også spørsmålet om realkreditor kan kreve både erstatningsklausulen og alminnelig erstatning få en annen vinkling i norsk rett. I common law ble problemstillingen avfeid med begrunnelse i forbudet mot ”penalties”. Disse problemstillinger blir denne gjenstand for en grundigere vurdering under 4.3.2.

I tillegg er det vesentlige forskjeller i bakgrunnsretten hva gjelder adgangen til å fremme krav om andre misligholdsbeføyelser enn erstatning. Prinsippet om at avtaler skal holdes har betydelig tyngde i både common law og norsk rett. I norsk rett er imidlertid misligholdsbeføyelser som fremmer dette prinsippet lettere tilgjengelig enn i engelsk og amerikansk rett som følge av det tradisjonelle skillet mellom ”equity” og ”common law”. Dette kan ha betydning i forhold til problemstillingen om erstatningsklausulen utelukker andre beføyelser, og indirekte betydning for behovet for en ”sole remedy”-regulering i avtalen.

### 3.6 Oppsummering og videre fremstilling

Oversikten viste at det på en rekke punkter er forskjeller i bakgrunnsretten mellom common law og norsk rett som kan tenkes å ha betydning for tolkningen og anvendelsen av

---

<sup>215</sup> Se nærmere Hagstrøm (2003) s. 450 ff.

erstatningsklausulene i norsk rett. Oversikten over relevante deler av norsk bakgrunnsrett vil i det følgende danne bakteppet for den videre fremstilling.

Den videre behandlingen av erstatningsklausulene i norsk rett deles i fire avsnitt. I kapitlets innledning vil det gis en historisk og terminologisk oversikt, samt en nærmere redegjørelse for betydningen av klausulens ordlyd og formål ved tolkningen i norsk rett. I punkt 4.2 drøftes klausulens rekkevidde isolert sett. Deretter drøftes erstatningsklausulens rekkevidde i forhold til realkreditors alminnelige misligholdsbeføyelser i punkt 4.3, før problemstillinger i forbindelse med avtalesensur drøftes i punkt 4.4.

## **4 Erstatningsklausuler i norsk rett**

### **4.1 Innledning**

#### **4.1.1 Erstatningsklausulens bakgrunn**

Visstnok var det allerede i den romerske oldtid vanlig å avtale pønaltipulasjoner eller ”clausula poenae”, som skulle sikre mot ikke-oppfyllelse.<sup>216</sup> Med utgangspunkt i avtalefriheten har det heller ikke i norsk rett vært uvanlig å fastsette i avtalen at realkreditor har krav på en på forhånd bestemt bot dersom den avtalte ytelsen blir levert mangelfull eller for sent. Under andre omstendigheter kunne erstatningsklausulen ha til formål å estimere et normaltap. I atter andre sammenhenger kunne den ha til hensikt å begrense erstatningen.

Kontraktsfriheten foranlediget misbruk av erstatningsklausuler, og kanskje var den svakere part i mange kontraktsforhold nærmest tvunget til å godta slike klausuler.<sup>217</sup> I common law ble de urimelig høye bøtene tidlig avverget gjennom læren om ”penalties”, i norsk rett sto

---

<sup>216</sup> Se Stang (1929) s. 202, jf. s. 199

<sup>217</sup> ibid. s. 222, som særlig fremhever arbeidskontrakter.

man lenge uten reelle muligheter for angrep på denne typen erstatningsklausuler. NL 5-1-2 kunne påberopes, men det ble lagt til grunn at misbruk av pønaltstipulasjoner ytterst sjelden kunne sies å stride mot ”Ærbarhed”.<sup>218</sup> I de fleste kontraktsforhold sto man dermed maktesløs overfor urimelige høye avtalte bøter.

Dette var også bakgrunnen for at lovgiver ved utarbeidelsen av avtaleloven (1918) inntok en egen bestemmelse om bøter for kontraktsbrudd i lovens opprinnelige § 36. Denne spesielle lempingsregel for konvensjonalbøter ble opphevet ved vedtakelsen av generalklausulen i avtalelovens nåværende § 36. Siden bestemmelsen rammer urimelige avtaler generelt, medførte bestemmelsen også at urimelig lav forhåndsestimert erstatning kunne bli gjenstand for lemping.

Til tross for disse reglene har norsk rett hele tiden ansett erstatningsklausulene som en hensiktsmessig måte å avklare erstatningsutmålingen eller sikre oppfyllelse av kontrakten. I norsk rett har partene således hatt vid adgang til å avtale erstatningsklausuler som forfølger et eller flere av de formål som er nevnt i avhandlingens innledning. Klausulene kan således forfølge pønale formål så vel som ansvarsbegrensende formål, i tillegg til et mer eller mindre fremtredende konfliktløsende formål. En erstatningsklausul trenger ikke nødvendigvis være enten ”liquidated damages” eller en ”penalty” i norsk rett, den samme klausul kan tenkes å forfylle flere formål.

#### 4.1.2 Terminologien i norsk rett

En erstatningsklausul som begrenser erstatningen vil i norsk rett karakteriseres som en *ansvarsbegrensning*, og vil i utgangspunktet måtte prøves mot prinsippene for tolkning og rekkevidden av ansvarsfraskrivelser i norsk rett.<sup>219</sup> Der partene har tilsiktet å gi realkreditor et beløp som tilsvarer det forventede økonomiske tapet, kan man tale om en

---

<sup>218</sup> Se Ot.prp.nr.63 (1917) s. 19

<sup>219</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 654. (Riktignok står det her at *ansvarsskjerpelser* må prøves mot disse prinsippene. Dette må slik jeg forstår det ut fra sammenhengen bero på en skrivefeil.)

*normaltapsregel*. Begge de nevnte variantene kan sammenholdes med det engelske uttrykket ”liquidated damages”. En klausul som derimot øker realdebitors misligholdsansvar i forhold til de alminnelige erstatningsutmålingsprinsippene vil kunne karakteriseres som en *ansvarsskjerpelse*.<sup>220</sup> Slike erstatningsklausuler er det nærliggende å sammenholde med det engelske uttrykket ”penalty”. Avhengig av hvordan den avtalte erstatningen forholder seg til det forventede tapet, kan klausulene altså beskrives som ansvarsbegrensninger, normaltapsregler eller ansvarsskjerpelser. Forholdet til det faktiske tapet kan gi erstatningsklausulen tilsvarende effekter, uavhengig av klausulens opprinnelige formål.

Når ”penalties” i utgangspunktet er like gyldige som ”liquidated damages” i norsk rett, kan det diskuteres om det i det hele tatt er nødvendig å foreta et skille mellom erstatningsklausulene hos oss, slik det gjøres i engelsk og amerikansk rett. En slik grensedracting kan være vanskelig, og det synes unødvendig å dra et skille dersom det ikke har rettslig betydning.<sup>221</sup> En og samme erstatningsklausul kan ha både kompenserende og oppfyllelsesfremmende formål, og kanskje er klausulens faktiske effekt noe annet enn dens opprinnelige formål skulle tilsi. Selv om skillet har liten rettslig betydning i norsk rett, kan begrepsbruken i kontrakten likevel tenkes å ha betydning for tolkningen og rekkevidden av klausulen, se nærmere nedenfor.<sup>222</sup>

De overnevnte begrepene må også sammenholdes med de betegnelser erstatningsklausulene ofte gis i norsk teori og kontraktspraksis. Tradisjonelt omtales den positive ytelsen som en part forplikter seg til å yte for det tilfelle at han ikke oppfyller en annen bestemt forpliktelse, som ”konventionalbot”. ”Konventionalboten” betegnet da selve ytelsen som kunne kreves i tilfelle mislighold, mens begrepet ”pønastipulation” betegnet

---

<sup>220</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 654

<sup>221</sup> Se Prop. 1975/76:81 s. 141 som uttaler seg i denne retning ved drøftelsene av den svenske avtalelovens § 36.

<sup>222</sup> Se motsatt Olsen (1993) s. 225, som generelt mener begrepsbruken er av liten betydning i svensk rett.

erstatningsklausulen som sådan.<sup>223</sup> I enkelte kontraktsforhold er det alminnelig å omtale konvensjonalboten som ”dagmulkt”, idet dette begrepet gjenspeiler det innholdsmessige poeng at beløpet utmåles i samsvar med forsinkelsens lengde. Ordene ”bot” og ”mulkt” gir klare assosiasjoner til straff. Likevel omfatter ikke konvensjonalbøtene og dagmulktene utelukkende klausuler med pønalt formål, men også klausuler som søker å gi realkreditor rimelig erstatning eller endog begrense ansvaret.<sup>224</sup> En kan si at konvensjonalbøtene omfatter alle tilfeller der ”nogen skal ha gaat ind paa, at han som bot skal betale penger eller erlægge en anden ydelse, hvis han ikke oppfylder sine forpligtelser.”<sup>225</sup> Uttrykkene konvensjonalbot og dagmulkt er således prinsipielt sett formålsnøytrale.

Erstatningsklausulen kan også være betegnet som ”normaltapsregel”, ”forhåndsstipulert erstatning” eller bare ”skadeserstatning” eller ”erstatning”. Selv om dette rettslig sett underlegges de samme vurderinger, gir denne språkdrakten mindre assosiasjoner til straff. Slike nyanser i ordlyden kan også ha betydning for tolkningen av klausulen, særlig gjennom å kaste lys over formålet med den. Dette bringer oss over i den neste drøftelsen om forholdet mellom erstatningsklausulens ordlyd og formål ved tolkningen i norsk rett.

#### 4.1.3 Overordnet om betydningen av klausulens ordlyd og formål

I avsnitt 3.2 ble det gitt noen hovedpunkter for bakgrunnsretten hva gjelder kontraktstolkning i norsk rett. Ordlydens betydning for den generelle tolkningen av erstatningsklausulen er der gjennomgått, og det er unødvendig å gjenta dette her. Flere av de problemstillinger som drøftes senere i avhandlingen kan være løst eksplisitt i avtalens ordlyd. I den grad det konkrete spørsmål ikke er løst i avtalen, vil erstatningsklausulens rekkevidde i mange sammenhenger kunne være uklar i norsk rett. Før de konkrete

---

<sup>223</sup> Jf. Stang (1929) s. 199.

<sup>224</sup> *ibid.* s. 206

<sup>225</sup> Jf. avtalelovens opprinnelige § 36. Se den tilsvarende ordboksdefinisjonen av ”konvensjonalbot” i *Jusleksikon* (2002) s. 160-161



problemstillingene drøftes nedenfor, kan det være hensiktsmessig å redegjøre nærmere for forholdet mellom ordlyden og erstatningsklausulens formål.

Der ordlyden ikke selv løser tolkningsspørsmålet, vil særlig klausulens overordnede formål generelt være av betydning, enten formålet fremgår av avtalens ordlyd eller på annen måte. Som nevnt har de fleste erstatningsklausuler som generelt formål å unngå en vidløftig og tidkrevende bevisføring vedrørende størrelsen på realkreditors tap. Dette konfliktløsende element vil være et bakenforliggende formål for alle erstatningsklausuler, og kan være mer eller mindre fremtredende i den enkelte kontrakt.<sup>226</sup> Det overordnet formål kan deles i tre i samsvar med behandlingen innledningsvis: ansvarsbegrensninger, normaltapsregler og ansvarsskjerpelser.

Problemstillingen her er om bruken av de forskjellige betegnelsene ”liquidated damages” og ”penalties” i kontraktens ordlyd har selvstendig betydning ved vurdering av erstatningsklausulens overordnede formål i norsk rett. Som nevnt var klausulens betegnelse av underordnet betydning for fastleggelsen av formålet i common law. Ved tolkning i norsk rett skal en ta utgangspunkt i ordenes alminnelige mening etter vanlig språkbruk i det livsforhold kontrakten gjelder.<sup>227</sup> Når avtalen er forfattet på engelsk, bør utgangspunktet da være hvordan de engelske uttrykkene vanligvis er å forstå.

Det engelske uttrykket ”penalty” vil normalt betegne en klausul som sikrer realkreditor mot ikke-oppfyllelse. Dersom klausulen er benevnt ”penalty” eller liknende, taler dette derfor generelt for at klausulen har et ansvarsskjerpende formål. Siden ”penalties” ikke gis effekt i common law, kan det imidlertid være uklart hvilke rettsvirkninger det engelske uttrykket bør ha i en norsk kontrakt. Partene i et kontraktsforhold under norsk rett forventer i det minste at klausulen skal ha en rettslig effekt. Partene kan imidlertid ha brukt uttrykket ”penalty” selv om meningen er å gi realkreditor en rimelig erstatning eller endog begrense

---

<sup>226</sup> I LG-1995-520 var dette formålet helt sentralt i lagmannsrettens vurdering av en klausul benevnt ”liquidated damages”.

<sup>227</sup> Jf. Woxholth (2006) s. 408

ansvaret. Ut fra sammenhengen i klausulen kan det derfor likevel tenkes at en ”penalty” ikke skal tolkes som en klausul med pønalt formål.

I kontraktspraksis innen tilvirkning benyttes vanligvis ordet ”dagmulkt”, på tross av at det dreier seg om en normalisert forsinkelseserstatning, jf. eksempelvis NS 8405 pkt. 34.3 og NF 05 art. 24.2. I liknende kontrakter er det derfor nærliggende å anta at klausulens formål ikke er pønalt, men heller innebærer en normaltapsregel.<sup>228</sup> Tilsvarende bør kunne legges til grunn der uttrykket ”penalty” brukes i slike kontraktsforhold. Som eksempel kan ”M/V Anahitra”<sup>229</sup> nevnes. Her ble en ”penalty” tolket som en normaltapsregel. Når klausulen var benevnt ”penalty”, hadde retten holdepunkter for å kunne tolke inn pønale formål i klausulen. I lys av at bestemmelsen også brukte ordet ”compensation” ble imidlertid klausulen tolket som en normaltapsregel. Her ble altså konteksten avgjørende for rettens vurdering av klausulens formål. Som vi kommer tilbake til nedenfor, fikk rettens vurdering av klausulens overordnede formål her betydning for realkreditors muligheter til å kreve erstatning på alminnelig grunnlag istedenfor etter erstatningsklausulen.

En ”penalty” kan også tolkes som en ansvarsbegrensning. I Rt. 1921 s. 313 (dissens 4-3) kom Høyesteretts flertall til at en klausul i et certeparti, med ordlyden ”[p]enalty for non-performance of this agreement, estimated half amount of freight”, i realiteten var en ansvarsbegrensning. Ordlyden talte isolert sett for at klausulen hadde til formål å straffe realdebitor. Med grunnlag i kontraktspraksis og utkast til ny sjølov, innfortolket flertallet altså et ansvarsbegrensende formål i klausulen. Flertallet bemerket også at befrakterne ikke ”kan ha anseet dette for urimelig i forhold til sig”. Her ble dermed tolkingsmomenter utenfor ordlyden avgjørende for dens formål. Også her fikk vurderingen av klausulens overordnede formål betydning for adgangen til å kreve erstatning på alminnelig grunnlag. En slik tolkning ble for øvrig enstemmig resultatet for en tilsvarende ”penalty”-klausulen i Rt. 1922 s. 6.

---

<sup>228</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 654

<sup>229</sup> ND 1987 s. 216 (Voldgift)

Bruken av betegnelsen ”penalty” kan etter dette tale for at klausulen har et overordnet formål om å skjerpe ansvaret, selv om det vanligvis ikke skal mye til før en skjærer gjennom begrepsbruken og innfortolker et annet formål.

Der partene har benyttet betegnelsen ”liquidated damages”, bør rettsanvenderen også her ta utgangspunkt i den engelske forståelsen av uttrykket ”liquidated damages”. Dette vil i alminnelighet tale for at partene har ment å avtalefeste en rimelig erstatning eller en normaltapsregel.<sup>230</sup> ”Liquidated damages” kan imidlertid også ha til hensikt å begrense ansvaret. Der partene ønsker å foreta en underestimering av realkreditors erstatningsbeløp er det sjelden dette kommer klart til uttrykk i erstatningsklausulens ordlyd, annet at beløpets størrelse gjerne indikerer dette. Ofte kan underestimeringen være et resultat av at det faktiske tapet blir større enn forventet.

Imidlertid kan det være grunn til å tro at betegnelsen ”liquidated damages”, i lys av engelsk og amerikansk kontraktspraksis, brukes i stor utstrekning også der partene mener å avtale en klausul som ivaretar pønale formål. Dette kan skape tolkningsproblemer der klausulens overordnede formål har betydning for klausulens rekkevidde. Der klausulen er benevnt ”liquidated damages”, kan det etter redegjørelsen over bli vanskeligere å komme til et tolkningsresultat som tilgodeser pønale formål. Dersom partene benytter ”liquidated damages” når de har ment å avtale en ”penalty”, og dette formålet ikke på annen måte kommer til uttrykk i avtaleforholdet, kan klausulen stå i fare for å bli tolket som en klausul uten pønale formål. Som behandlet nedenfor 4.3, kan dette få konsekvenser for klausulens rekkevidde i flere situasjoner.

Konklusjonen blir dermed at begrepsbruken i klausulens ordlyd skaper en presumpsjon for hvilket overordnet formål klausulen ivaretar. Det later imidlertid til at norsk rett ikke legger avgjørende vekt på betegnelsen av klausulen. I den konkrete situasjon vil en kunne ha mulighet til å trekke inn mer partsspesifikke tolkningsmomenter, og således få flere

---

<sup>230</sup> Se LG-1995-520 der lagmannsretten likestilte kontraktens ”liquidated damages” med det norske uttrykket dagmulkt.

holdepunkter for klausulens overordnede formål. I mangel av partsspesifikke tolkningsmomenter søker avhandlingen i det følgende å løse tolkningsspørsmål på mer generelt grunnlag, der de oppstilte presumpsjonene kan ha betydning for resultatet.

## 4.2 Erstatningsklausulens rekkevidde - isolert sett

### 4.2.1 Hvilke omstendigheter omfattes av klausulen?

Ved fastleggelsen av erstatningsklausulens rekkevidde isolert sett, reiser det seg to umiddelbare problemstillinger. Den første problemstillingen er hvilke omstendigheter som omfattes av erstatningsklausulen. Den andre er hvilke tap erstatningsklausulen dekker.

De tilgrensende problemstillingene om erstatning etter klausulen kan kreves uavhengig av bakgrunnsrettens krav til ansvarsgrunnlag, og om det kan kreves erstatning på alminnelig grunnlag for tap som dekkes av klausulen, behandles i avsnitt 4.3.2 vedrørende forholdet til den alminnelige erstatningsbeføyelsen.

Problemstillingen her er først hvilke omstendigheter som omfattes av klausulen. Som hovedregel kreves det et kontraktsbrudd for å kunne gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende etter norsk rett. Innledningsvis har det også blitt slått fast at erstatningsklausulen forutsetter et kontraktsbrudd. Likevel kan det ikke utelukkes at erstatningsklausulen i seg selv kan innebære en presisering av forpliktelsene i avtalen, og dermed hva som regnes som kontraktsbrudd.

For at noe skal regnes som kontraktsbrudd i norsk rett, må to forutsetninger være oppfylt.<sup>231</sup> Det må konstateres en oppfyllelsssvikt og denne må kunne føres tilbake til et forhold debitor svarer for. Problemstillingen om hvilke omstendigheter som omfattes av klausulen blir på denne bakgrunn todelt. Det beror for det første hva slags oppfyllelsssvikt som omfattes etter en tolkning av klausulen. For det andre beror det på om oppfyllelsssvikten er et forhold realdebitor svarer for.

---

<sup>231</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 314

Den første underproblemstillingen må naturligvis løses på bakgrunn av alminnelige tolkningsprinsipper. En må først finne ut hvilke ytelser realdebitor er forpliktet til å yte og når disse skal ytes. Dernest må en vurdere om erstatningsklausulen rammer den aktuelle oppfyllelssvikten. Ofte er dette en nærmere spesifisert forsinkelse eller mangel, men det kan også være avtalt at ethvert brudd på kontraktens forpliktelser omfattes av klausulen.

Under forutsetning av at det foreligger en oppfyllelssvikt som omfattes av klausulen, aktualiseres den neste underproblemstillingen om oppfyllelssvikten er et forhold realdebitor svarer for, med andre ord om det foreligger et kontraktsbrudd. Også dette vil i utgangspunktet bero på en tolkning av avtalen. Kontrakten kan selv ha bestemmelser som tilsier at oppfyllelssvikten ikke nødvendigvis er et forhold realdebitor svarer for, eksempelvis gjennom en force majeure klausul. Når en levering etter opprinnelig avtalt leveringsdato innebærer en oppfyllelssvikt som realdebitor svarer for, vil kunne avhenge av om han har krav på fristforlengelse. Forutsetningen er i det videre at avtalen selv ikke gir noe klart svar.

En overføring av risikoen for oppfyllelssvikt som debitor ellers ikke svarer for, innebærer et avvik fra bakgrunnsretten. Dette bør derfor ha en tydelig regulering i avtalen for kunne gi effekt. Det kan imidlertid spørres om erstatningsklausulene i sin alminnelighet er en slik tydelig regulering. Som regel foreskriver erstatningsklausulen at en nærmere bestemt oppfyllelssvikt skal medføre en nærmere bestemt erstatningsplikt for realdebitor. Ordlyden i en erstatningsklausul taler generelt for at oppfyllelssvikt som omhandlet i klausulen er forhold debitor svarer for. Dette synes også å legges til grunn i eldre juridisk teori, og forutsetningsvis også i nyere teori.<sup>232</sup> På denne bakgrunn må en anta at erstatningsklausulen som hovedregel medfører at de omhandlede tilfeller av oppfyllelssvikt regnes som kontraktsbrudd.

---

<sup>232</sup> Jf. Stang (1929) s. 215, Augdahl (1984) s. 297 og Hagstrøm (2003) s. 652

For ordens skyld kan det likevel nevnes noen typiske tilfeller der manglende oppfyllelse som regel ikke innebærer et forhold debitor svarer for, og som har betydning selv om avtalen inneholder en erstatningsklausul. For eksempel vil avvik fra kontrakten som skyldes realkreditors eget forhold, kreditormora, regelmessig ikke innebære et kontraktsbrudd.<sup>233</sup> Dette er ikke en oppfyllelssvikt som realdebitor svarer for. At realkreditor i slike tilfeller ikke kan gjøre krav gjeldende etter erstatningsklausulen er lagt til grunn i rettspraksis, jf. Rt. 1910 s. 928. Erstatningsklausulen vil videre ikke kunne påberopes dersom forpliktelsen erstatningsklausulen knyttes til bortfaller som ugyldig, foreldet, prekludert eller ettergitt.<sup>234</sup> Her vil det ikke foreligge noe kontraktsbrudd, og det kan diskuteres om det i det hele tatt foreligger en oppfyllelssvikt.

#### 4.2.2 Hvilke tap dekker klausulen?

Etter å ha avklart hvilke omstendigheter omfattes av erstatningsklausulen, blir den neste problemstillingen hvilket tap som omfattes av klausulen. Problemstillingen kan også formuleres som hvilke tap erstatningsklausulen er kompensasjonsrelevant for.<sup>235</sup>

Dersom det oppstår et tap erstatningsklausulen ikke er kompensasjonsrelevant for, vil realkreditor kunne ha adgang til å kreve erstatning på alminnelig grunnlag for dette tapet. Som behandlet nedenfor 4.3.2 er det ingen nødvendighet at erstatningsklausulen skal tre istedenfor et tap i norsk rett, slik at realkreditor kan tenkes å ha krav på erstatning etter den alminnelige erstatningsbeføyelsen også for tap som tilsynelatende ville vært kompensasjonsrelevant. Formålet med dette avsnittet er imidlertid å fastlegge klausulens rekkevidde isolert sett. Drøftelsen vil i det følgende kun ta utgangspunkt i hvilke tap en erstatningsklausul isolert sett er kompensasjonsrelevant for.

---

<sup>233</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 323

<sup>234</sup> Se Stang (1929) s. 214

<sup>235</sup> Se nærmere om uttrykket i avsnitt 2.2.2.

Hvilke tap erstatningsklausulen er kompensasjonsrelevant for, beror i stor grad på en tolkning av klausulen. Forutsetningen i dette avsnittet er at avtalen ikke regulerer spørsmålet direkte. Dersom det ikke er holdepunkter for annet, må hovedregelen være at erstatningsklausulen presumeres å regulere alt tap som følger av det omhandlede kontraktsbruddet, slik at erstatningsklausulen er kompensasjonsrelevant for alt tap som følger derav. En dagmulktsklausul knyttet til forsinket ferdigstillelse i en entreprisekontrakt, vil i utgangspunktet være kompensasjonsrelevant for alt tap som skyldes forsinket ferdigstillelse, men ikke for mangler ved kontraktsgjenstanden. En tidligere utbetalt erstatning for forsinkelse skal av denne grunn komme til fradrag i det senere dagmulktskravet, jf. Rt. 1978 s. 960. Tilsvarende, dersom erstatningsklausulen utelukkende regulerer utmålingen av det indirekte tapet for kontraktsbruddet i et kjøpsforhold, vil erstatningsklausulen ikke være kompensasjonsrelevant for direkte tap.

Også mer subtile grensdragninger kan tenkes. Innenfor entreprisekontrakter er hovedregelen i NS 8405 at dagmulkten er byggherrens primære beføyelse ved forsinkelse.<sup>236</sup> Likevel er det ikke nødvendigvis slik at dagmulktbestemmelsen er kompensasjonsrelevant i forhold til alt tap ved forsinkelse. I større entrepriseforhold der det er flere sideentreprenører som arbeider på samme prosjekt, har entreprenørene en "samordningsplikt" etter NS 8405 art 18.3. Brudd på samordningsplikten kan medføre en forsinkelse. Dersom et uaktsomt brudd på denne plikten fra entreprenør A medfører at en sideentreprenør B blir forsinket, kan byggherren kreve dekket de utgifter forsinkelsen medfører for ham, oppad begrenset til 10 % av kontraktssummen, jf. NS 8405 art 35. Slike utgifter kan eksempelvis være utgifter til å pålegge entreprenør B forsering, eller utgifter til å erstatte entreprenør B hans tap som følge av forsinkelsen.<sup>237</sup> Dette kan imidlertid bare kreves dersom byggherren ikke kan kreve dagmulkt for samme forhold, jf. art 35. Bestemmelsen sier altså at tap som følge av forsinkelse etter brudd på samordningsplikten kan kreves erstattet dersom tapet ikke samtidig er kompensasjonsrelevant etter dagmulktbestemmelsen.

---

<sup>236</sup> Jf. *NS 8408 med kommentarer* (2004) s. 515

<sup>237</sup> l.c.

### 4.3 Erstatningsklausulens rekkevidde – sett i forhold til bakgrunnsrettens alminnelige beføyelser

#### 4.3.1 Innledning

Erstatningsklausulen er som nevnt en avtalt misligholdsbeføyelse, og går regelmessig ut på å fastsette den erstatningen som skal følge et kontraktsbrudd, enten dette er større eller mindre enn det tapet realkreditor lider. Problemstillingen her er erstatningsklausulens forhold til de regler og prinsipper som knyttes til bakgrunnsrettens misligholdsbeføyelser.

Forholdet til øvrige beføyelser kan være regulert i avtalen, men det er naturlig å begynne med en behandling av tilfeller der erstatningsklausulens forhold til bakgrunnsretten ikke er gjenstand for eksplisitt regulering. Siden klausulen regulerer erstatningsutmålingen, vil først de problemstillinger som reiser seg i forbindelse med bakgrunnsrettens alminnelige erstatningsbeføyelse drøftes. Deretter drøftes problemstillinger som reiser seg i forhold til de øvrige misligholdsbeføysene. Til slutt vil tilfeller der avtalen har en eksplisitt regulering av forholdet til bakgrunnsretten behandles, herunder ”sole remedy”-klausuler.

#### 4.3.2 Erstatningsklausuler og den alminnelige erstatningsbeføyelsen

##### *Oversikt*

Over ble det avklart hvilke omstendigheter og hvilket tap som isolert sett var omfattet av erstatningsklausulen. Forutsetningen for den videre behandling er at det foreligger et kontraktsbrudd og et tap som omfattes av klausulen, og at klausulen ikke har noen eksplisitt regulering av forholdet til de alminnelige reglene for kontraktserstatning.

Formålet med dette avsnittet er å drøfte rekkevidden av erstatningsklausulene i lys av de krav som bakgrunnsretten ellers stiller til kontraktserstatning. De sentrale drøftelsene vil være i hvilken grad realkreditor kan kreve alminnelig erstatning i tillegg til eller istedenfor erstatningsklausulen og om erstatningsklausulen innebærer et avvik fra det alminnelige kravet til ansvarsgrunnlag. I tillegg vil avsnittet drøfte forholdet til bakgrunnsrettens øvrige



prinsipper for erstatningsplikt og -utmåling i form av økonomisk tap, berikelsesfradrag, adekvans og tapsbegrensningsplikt.

*Adgangen til å kreve alminnelig erstatning for tap omfattet av en erstatningsklausul*

Problemstillingen er her om realkreditor kan ha adgang til å kreve erstatning utmålt etter bakgrunnsrettens regler, selv om tapet isolert sett regnes som kompensasjonsrelevant etter erstatningsklausulen. I så fall kan erstatningsklausulen fremstå som en kumulativ eller alternativ beføyelse til den alminnelige erstatningsbeføyelsen.

Norsk rett tillater ”penalties”, og erstatningsklausulen må derfor ikke nødvendigvis tre istedenfor et forventet tap, slik det er i common law. Realkreditor kan dermed tenkes å ha krav på erstatning på alminnelig grunnlag og samtidig etter erstatningsklausulen for det samme kontraktsbruddet. Som hovedregel må det imidlertid antas at erstatningsklausuler som har til formål å være normaltapsregler eller ansvarsbegrensninger trer istedenfor en alminnelig erstatningsutmåling basert på de tap som følger av kontraktsbruddet.<sup>238</sup> Realkreditor kan kreve det avtalte beløp, men kan ikke kreve alminnelig erstatning ved siden av eller i tillegg.<sup>239</sup> Dette tolkningsresultat samsvarer i disse tilfellene best med klausulens konfliktløsende formål, og vil nok foretrekkes.<sup>240</sup> Der klausulen er formulert som ”liquidated damages”, vil presumpsjonen om at klausulen har et slikt formål, kunne innebære at realkreditor ikke kan kreve erstatning for det tap erstatningsklausulen er kompensasjonsrelevant for.

I enkelte tilfeller kan det likevel være berettiget å tolke klausulen slik at den ikke har til hensikt å ekskludere realkreditors alminnelige krav på erstatning. En slik tolkning vil øke oppfyllelespresset. En forutsetning må da være at klausulen har et pønalt formål. Den første problemstillingen som reiser seg for klausuler med pønalt preg, er om erstatningsklausulen er en kumulativ beføyelse til erstatningsbeføyelsen. I eldre teori antas

---

<sup>238</sup> Se eksempelvis LG-1995-520

<sup>239</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 654

<sup>240</sup> Se også Olsen (1993) s. 135 ff. som forfekter det tilsvarende synet for svensk rett.

det at pønaltstipulasjonene kom som et tillegg til erstatning på alminnelig grunnlag dersom ”særskilte grunder anviser det”.<sup>241</sup> Som eksempel nevnes at ”[b]oten skal tilfalde en tredjemand”, eller den er satt så lavt at det ”fornuftigvis ikke kan være tænkt at skulle træ istendenfor en virkelig erstatning”.<sup>242</sup> I slike tilfeller skulle erstatningsklausulen være en kumulativ beføyelse. Men dette hadde som regel presumpsjonen mot seg.<sup>243</sup> Uten spesielt klare holdepunkter i avtalen kan det derfor ikke innfortolkes en rett for realkreditor til både å kreve erstatning for tap som følge av kontraktsbruddet, og i tillegg et beløp etter klausulen.

Den neste problemstillingen er om erstatningsklausuler med pønalt preg kan være en alternativ beføyelse. Augdahl legger til grunn at klausuler betegnet som ”bot”, ”mulkt” eller liknende ikke avskjærer realkreditors krav på alminnelig erstatning, og at han dermed har en valgrett.<sup>244</sup> Tilsvarende synspunkt synes å ligge til grunn i Rt. 1978 s. 960, der det ble det uttalt at ”erstatning på grunn av forsinkelse må inkluderes i dagmulkten *så lenge det ikke er påvist større samlet tap ved forsinkelsen*” (min kursivering).<sup>245</sup> Dersom klausulen er benevnt en ”penalty” kunne resonnementet være det samme.

Som behandlet tidligere vil et resonnementet om en valgrett basert utelukkende på klausulens betegnelse ikke nødvendigvis være helt treffende. Selv om klausulen er benevnt en ”penalty”, viser rettspraksis at den naturlige tolkningen kan være at den avskjærer muligheten for erstatning på alminnelig grunnlag, jf. Rt. 1921 s. 313, Rt. 1922 s. 6 og ”M/V Anahitra”.<sup>246</sup> I en rekke standardkontrakter innen tilvirkning er det avtalt at dagmulktsklausuler som hovedregel må anses eksklusiv, se eksempelvis NS 8405 pkt 34.1 tredje ledd, NF 05 art. 24.2 jf. 24.4 og Skip 2000 art. IV. Også innen forbrukerentreprise er

---

<sup>241</sup> Jf. Stang (1929) s. 217

<sup>242</sup> *ibid.* s. 218

<sup>243</sup> Jf. Bugge (1949) s. 124

<sup>244</sup> Augdahl (1984) s. 296. Se likeledes Bugge (1949) s. 124 og Arnholm (1978) s. 321.

<sup>245</sup> Rt. 1978 s. 960 på s. 963

<sup>246</sup> ND 1987 s. 216 (Voldgift)

det gitt lovgivning med dette innhold, jf. bustadoppføringslova § 19. At en rekke standardkontrakter på et område hvor dagmulkter er utbredt har valgt å gjøre erstatningsklausulen eksklusiv, er et tungtveiende moment for at dette bør gjelde andre erstatningsklausuler av denne type.<sup>247</sup> Den tidligere siterte uttalelsen i Rt. 1978 s. 960 må sees i lys av denne kontraktspraksis, og forbeholdet her kan ikke være avgjørende. Den rettslige begrunnelsen vil her være at denne typen erstatningsklausuler, til tross for uttrykket ”mulk”, som regel ikke har et utpreget pønalt formål.<sup>248</sup>

Ved vurderingen av om en erstatningsklausul med pønalt formål er en alternativ eller eksklusiv beføyelse, er det flere hensyn som står mot hverandre. Erstatningsklausulene har ofte et underliggende konfliktløsende formål, og innrømmelse av en valgett for realkreditor medfører betydelig usikkerhet for realdebitor. Hensynet til forutberegnelighet i kontraktsforholdet blir derfor skadelidende ved en valgett for realkreditor. Det kan på den annen side argumenteres for at klausulens repressive karakter forutsetter at realkreditor bør kunne kreve full erstatning dersom dette overstiger det stipulerte beløp. Formålet er å forhindre debitor fra ikke-oppfyllelse i større utstrekning enn bakgrunnsretten ville gjort. Dersom erstatningsklausulen innebærer en begrensning på hva som kan kreves, vil ikke formålet med klausulen kunne oppfylles i de tilfellene der tapet overstiger det avtalte beløp. At realkreditor kan kreve det avtalte beløp uten å bevise noe tap, og derfor har en potensiell fordel av klausulen fra kontraktsinngåelsestidspunktet, kan ikke endre dette. Denne fordelingen blir illusorisk for den realkreditor som har lidt et tap som overstiger det avtalte beløp, og som ønsker å kreve erstatning på alminnelig grunnlag isteden.

En avveining av hensynene taler etter min mening for at erstatningsklausuler med klare pønale formål som regel må tolkes slik at realkreditor har en valgett mellom erstatning på alminnelig grunnlag og erstatning etter klausulen. Bare en slik tolkning er egnet til å gjennomføre klausulens formål dersom tapet skulle bli større. Der klausulens pønale formål ikke er fremtredende, som for de dagmulktsklausuler som her er fremhevet, vil imidlertid

---

<sup>247</sup> Jf. Heggberget (2001) s. 331

<sup>248</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 654

hensynet til forutberegnelighet veie tyngst. Her har klausulen i større grad et konfliktløsende formål. Uansett skal det antakeligvis mer til, enten i form av eksplisitte reguleringer eller andre klare holdepunkter, for å innrømme realkreditor en adgang til å få både erstatning for sitt tap og full utbetaling etter erstatningsklausulen.

Adgangen til å kreve erstatning i tillegg til erstatningsklausulen, også for kompensasjonsrelevant tap, er således videre enn i common law. Dette er en direkte følge av at norsk rett anerkjenner klausuler med pønale formål. Siden forutsetningen om et pønalt formål må ligge til grunn, kan det være uheldig dersom partene benytter betegnelsen ”liquidated damages” på en erstatningsklausul som er ment å komme i et alternativt forhold til den alminnelige erstatningsbeføyelsen. Som nevnt over 4.1.3 er ikke betegnelsen avgjørende, men vil medføre en presumpsjon for klausulens overordnede formål. Uten holdepunkter for at klausulen forfølger pønale formål, kan en intensjon om at erstatningsklausulen skal være en alternativ beføyelse forsvinne gjennom en naturlig tolkning av betegnelsen ”liquidated damages”.

Konklusjonen får betydning for drøftelsene videre. Der realkreditor krever erstatning på alminnelig grunnlag istedenfor eller i tillegg til erstatningsklausulen, må de alminnelige prinsippene for erstatning som behandles i det følgende, gjelde fullt ut for denne erstatningen. Drøftelsene nedenfor har derfor kun relevans for den erstatningsplikten som oppstår der realkreditor gjør gjeldende erstatningsklausulen, ikke der han krever en eventuell erstatning utmålt på alminnelig grunnlag.

#### *Kravet om ansvarsgrunnlag*

I norsk rett stilles et krav til ansvarsgrunnlag for å kreve erstatning for kontraktsbrudd.<sup>249</sup> Et kontraktsbrudd er ikke et ansvarsgrunnlag i seg selv, i motsetning til løsningen i engelsk og amerikansk rett.

---

<sup>249</sup> Se nærmere om kravet til ansvarsgrunnlag ved kontraktsbrudd i Hagstrøm (2003) s. 450 ff.

Tradisjonelt har ansvarsgrunnlaget vært forskjellig for genus- og specieytelser. Det kan synes som en tok utgangspunkt i et objektiv ansvar med unntak for force majeure for genusytelser, mens en oppstilte et skyldansvar for specieytelsene. Med senere lovgivning på en rekke sentrale kontraktsområder er det såkalte kontrollansvaret blitt et vanlig ansvarsgrunnlag, som endog kan tenkes å være uttrykk for det generelle ansvarsgrunnlaget i norsk kontraktsrett.<sup>250</sup>

Erstatningsklausulen foreskriver regelmessig en bestemt erstatning for et bestemt kontraktsbrudd, ofte uten nærmere regulering av ytterligere vilkår for erstatning. Som regel fremstår erstatningsansvaret etter erstatningsklausulenes ordlyd som objektivt for de kontraktsbrudd den regulerer. Siden ansvaret for kontraktsbrudd også ellers er objektivt i engelsk og amerikansk rett, byr ikke dette på store problemer der. Der det foreligger ansvarsgrunnlag etter den norske bakgrunnsretten, er det heller ingen grunn til at realkreditor ikke skal kunne kreve erstatning i tråd med erstatningsklausulen. Problemstillingen i det følgende er om erstatningsklausulen kan fravike det alminnelige vilkåret om ansvarsgrunnlag i norsk rett, og dermed innebære et objektivt ansvarsgrunnlag for de kontraktsbrudd den omfatter.

I norsk teori har det vært argumentert for at partene ikke uten holdepunkter kan ha ment å fravike et så grunnleggende utgangspunkt som kravet til ansvarsgrunnlag, slik at erstatningsklausulen ikke kan påberopes under omstendigheter som ellers ville medføre at debitor var fritatt fra erstatningsansvar.<sup>251</sup>

At det kreves holdepunkter for et slikt fravik fra bakgrunnsretten, er også løsningen etter UNIDROIT. I kommentarene til UNIDROIT art. 7.4.13 om erstatningsklausuler står det: "Exceptionally, however, such a clause may be intended by the parties also to cover non-performance for which the non-performing party is not liable".<sup>252</sup> Her er det tilsynelatende et spørsmål om partenes formål. Med ordet "exceptionally" må oppstilles en sterk presumpsjon for at dette vanligvis ikke er partenes formål. Siden bestemmelsen gjelder

---

<sup>250</sup> Om det gjelder et objektivt kontrollansvar på alminnelig grunnlag eller ikke er omdiskutert, og det kan henvises til behandlingen av spørsmålet i Hagstrøm (2003) s. 502 ff.

<sup>251</sup> Se således Hagstrøm (2003) s. 652, Heggberget (2001) s. 322 og Arnholm (1978) s. 321.

<sup>252</sup> Jf. UNIDROIT art 7.4.13 comment 2 i.f.

både "liquidated damages" og "penalties",<sup>253</sup> er det etter UNIDROIT antakelig ikke nok i seg selv at klausulen har et pønalt formål.

Hvor strenge krav det stilles til "holdepunkter" i avtalen under norsk rett kan diskuteres. Slike holdepunkter kan selvsagt finnes i avtalens ordlyd, hvis avtalen eksplisitt løser spørsmålet. Selv om ansvaret som regel kan fremstå som objektivt i en erstatningsklausul, vil det med støtte i teoriens utgangspunkt og løsningen i UNIDROIT kunne sies at dette neppe nok i seg selv. Dersom det er på det rene at partenes formål er å fravike det grunnleggende utgangspunktet om ansvarsgrunnlag, følger det av de tidligere nevnte tolkningsregler i norsk rett at avtalen bør tolkes slik at formålet realiseres.

I de fleste tilfeller er slikt formål i forhold til ansvarsgrunnlaget ikke enkelt å påvise. Det kan spørres om klausulens overordnede formål vil innebære tilstrekkelige holdepunkter for å tilfredsstille de krav som stilles for å fravike bakgrunnsrettens krav til ansvarsgrunnlag. Der klausulen først og fremst har til hensikt å virke kompenserende for realkreditor, normaltapserstatningene, innebærer klausulen en misligholdssanksjon som trer istedenfor alminnelig erstatningsutmåling. I slike tilfeller er det nærliggende å anta at det alminnelige kravet om ansvarsgrunnlag må være oppfylt, i tillegg til et objektivt avvik fra kontraktsmessig ytelse.<sup>254</sup> Tilsvarende må gjelde der erstatningsklausulen har et ansvarsbegrensende formål.

Dersom klausulen derimot har til hensikt å virke som et oppfyllellespress, har partene gjennom avtalen ment å stille realkreditor bedre enn de alminnelige erstatningsreglene skulle tilsi. Klausulen har som hovedformål å sikre oppfyllelse, og dette formålet kan partene ha ment skal gjelde uansett årsak til kontraktsbruddet. En slik løsning vil kunne aksentuere klausulens preventive effekt. Således kan det argumenteres for at den naturlige tolkningen er at beløpet skal erlegges uten at det foreligger et alminnelig ansvarsgrunnlag. På den annen side foreligger det vanligvis ansvarsgrunnlag når kontraktsbruddet skyldes

---

<sup>253</sup> UNIDROIT art 7.4.13 comment 1.

<sup>254</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 652

debitor selv eller et forhold han er herre over. I tilfeller som etter bakgrunnsretten er unntatt ansvar, vil realdebitor ofte ikke ha en reell mulighet til å unngå kontraktsbruddet.

Klausulens preventive funksjon blir derfor teoretisk når realdebitor ikke har mulighet til å oppfylle.

At klausulens pønale formål ikke kan medføre et helt objektivt ansvar, synes å ligge til grunn i Rt. 1895 s. 806. Her var det snakk om ”Bestemmelser om særlig strænge Følger” for kontraktsbrudd. Når rettidig oppfyllelse var hindret av ”Lovens egen Anordning”, kunne ikke realkreditor gjøre krav gjeldende etter erstatningsklausulen. I samme linje har en Rt. 1924 s. 1244, der det var ”uhørt vanskelige fløtningsforhold” som medførte at mangelfri oppfyllelse av den grunn var ”helt utelukket”. Obiter dictum uttalte Høyesterett her at det ville være nærliggende å anse en konvensjonalbot som bortfalt i et slikt tilfelle.<sup>255</sup> I forhold til erstatningsklausuler, uansett overordnet formål, synes derfor realkreditor å være avskåret fra å gjøre krav gjeldende etter erstatningsklausulen dersom oppfyllelse er ”definitivt umulig”.<sup>256</sup>

Det kan imidlertid spørres hvilken grad av umulighet som kreves i det konkrete tilfellet. At det må kreves mer enn at det er vesentlig vanskeligere å oppfylle er i alle fall på det rene, jf. Rt. 1910 s. 928, der det forelå vær- og føreforhold som la ”særlig store vanskeligheter i veien for kontraktens opfyldelse”. Dette var ikke nok til å frita realdebitor fra forpliktelser etter erstatningsklausulen.<sup>257</sup>

I kjøpsretten har en lagt til grunn en relativt vid forståelse av begrepet umulighet som ansvarsbefriende omstendighet, jf. Rt. 1970 s. 1059.<sup>258</sup> Høyesterett drøftet her

---

<sup>255</sup> Klausulen var her imidlertid benevnt ”skadeserstatning”, og Høyesterett trengte da ikke løse saken på grunnlag av umulighet. Siden realkreditor hadde oppnådd fordeler ved kontraktsbruddet, kom ”skadeserstatningen” ikke til anvendelse. Se nærmere nedenfor om betydningen av berikelse.

<sup>256</sup> Således Augdahl (1984) s. 297

<sup>257</sup> Som nevnt over ble imidlertid realkreditors krav avvist her på grunnlag av kreditormora.

<sup>258</sup> Som påpekt av Hagstrøm (2003) s. 268 var det her verken subjektiv eller objektivt umulig å oppfylle.

innledningsvis om realdebitor hadde garantert rettidig levering, noe som ble besvart benektende. Høyesterett går imidlertid langt i å anta at en slik garanti i det konkrete forhold ville vært gitt i form av en dagmulftsklausul. Hvorvidt resultatet i dommen ville blitt annerledes med en dagmulftsklausul i kontrakten gir ikke premissene klart svar på, men drøftelsen synes unødvendig dersom dette ikke var tilfellet. Dommen kan tas til inntekt for at en dagmulftsklausul kan tolkes som en garanti for rettidig levering, og at nivået for umulighet da ligger høyere enn etter bakgrunnsretten.

Hvorvidt klausuler med klart pønalt formål i seg selv fraviker kravet til ansvarsgrunnlag, må antakelig baseres på en konkret tolkning. Rettspraksis og teori tilsier imidlertid at slike klausuler som hovedregel statuerer et objektivt ansvar med unntak for ”definitiv umulighet”. I slike unntakstilfeller gjør ikke klausulens preventive funksjon seg gjeldende på samme måte som ellers.

Etter dette synes hovedregelen i norsk rett å være at bakgrunnsrettens krav til ansvarsgrunnlag må legges til grunn selv om partene har avtalt en erstatningsklausul. Dersom det er tilstrekkelige holdepunkter for at partene har ment å fravike kravet til ansvarsgrunnlag, kan det imidlertid være berettiget å innfortolke et avvik fra dette utgangspunktet. Slike holdepunkter kan være klar ordlyd eller et fastlagt felles formål. I tillegg kan det antas at klausuler med pønalt formål vanligvis innebærer et objektivt ansvar med unntak for ”definitiv umulighet”.

Konklusjonen innebærer at der ordlyden ikke løser spørsmålet direkte, vil det være klausuler med pønalt formål som kan tenkes å innebære et fravik fra kravet til ansvarsgrunnlag. Parter som benytter betegnelsen ”liquidated damages” i den tro at ansvaret blir like objektivt som i common law, risikerer dermed at det kreves ansvarsgrunnlag utover klausulen. Når norsk rett krever klare holdepunkter for å anse kravet til ansvarsgrunnlag som fraveket, skal det mye til før en klausul betegnet ”liquidated damages” kan få en slik effekt, jf. drøftelsene ovenfor. Dersom klausulen benevnes ”penalty” vil det være lettere for rettsanvenderen å finne slike holdepunkter.



### *Kravet til økonomisk tap*

I norsk rett søker erstatningsutmålingen etter et kontraktsbrudd å gi skadelidte kompensasjon for økonomisk tap. Utmålingen av erstatning for kontraktsbrudd gjøres som hovedregel på bakgrunn av oppfyllelsesinteressen, som innebærer at skadelidte skal stilles som om ytelsen var blitt levert kontraktsmessig.<sup>259</sup>

Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget. Dersom kontraktsbruddet er av en slik art at det også kan medføre ugyldighet, eller dersom det foreligger sterke klanderverdige forhold, kan skadelidte isteden velge å søke den negative kontraktsinteressen erstattet.<sup>260</sup> Forskjellen mellom de to utmålingsprinsippene er altså at skadelidte gjør sine interesser som om avtalen var oppfylt gjeldende i den første, mens han gjør gjeldende sine interesser som om avtalen aldri var inngått i den andre.

Norsk rett har som nevnt intet erstatningsansvar som tilsvarer konstruksjonen ”nominal damages”, og erstatning på alminnelig grunnlag er utelukket dersom det ikke foreligger et økonomisk tap som har adekvat årsakssammenheng med kontraktsbruddet. I det følgende drøftes betydningen for erstatningsklausulene at erstatning er utelukket i norsk rett dersom det ikke foreligger et økonomisk tap som følge av kontraktsbruddet.

Ved at norsk rett tillater erstatningsklausuler med pønale formål, må det være åpenbart at norsk rett innrømmer partene adgang til å avtale en større erstatning enn det økonomiske tapet skulle tilsi. Her er oppfyllelsespresset det sentrale, og et krav om økonomisk tap ville slått bena under et slikt formål.

Problemstillingen blir da om enhver erstatningsklausul medfører at bakgrunnsrettens krav til økonomisk tap er fraveket, eller om det kreves at klausulen har pønale formål. At kreditor har krav etter erstatningsklausulen uavhengig av økonomisk tap er lagt til grunn på mer generelt grunnlag i eldre juridisk litteratur.<sup>261</sup> Også nyere litteratur synes å legge dette

---

<sup>259</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 521

<sup>260</sup> Jf. Rt. 1938 s. 602 ”Blårevdommen” og Rt. 2002 s. 1110. Se nærmere Hagstrøm (2003) s. 521

<sup>261</sup> Se Stang (1929) s. 205

til grunn.<sup>262</sup> Når det gjelder forbrukerentreprise er det lovfestet en regel med slikt innhold i bustadoppføringslova.<sup>263</sup> Selv om loven er begrunnet i forbrukerhensyn, gir forarbeidene generelt uttrykk for at krav på dagmulkt uten hensyn til økonomisk tap er ”ei grunnleggjande side ved ei dagmulftsordning, som det kan vere grunn til å streke under i lova”.<sup>264</sup> Det er et generelt formål med dagmulkter at partene skal unngå ”en vidløftig og tidkrevende bevisføring vedrørende spørsmålet om økonomisk tap er påført og i tilfelle størrelsen på dette tapet”, jf. LG-1995-520. I denne dommen ble det følgelig lagt til grunn at realkreditor kunne kreve dagmulkt, til tross for at det var på det rene at han ikke hadde lidt noe tap som følge av kontraktsbruddet. For dagmulkter er derfor konklusjonen at erstatningsklausulen fraviker det alminnelige utgangspunktet om krav til økonomisk tap, uten hensyn til klausulens overordnede formål.

Også for andre typer erstatningsklausuler kan støtte for et slikt syn finnes i erstatningsklausulens bakenforliggende formål. Klausuler som søker å forhåndsestimere erstatningen uten pønalt preg bidrar til å redusere tvister ved å skape sikkerhet og forutberegnelighet for begge parter. Dersom klausulen skulle vært betinget av at kreditor kunne påvise et økonomisk tap, ville disse hensyn bli skadelidende.

På bakgrunn av klausulenes konfliktløsende formål kan realkreditor gjøre krav gjeldende etter en erstatningsklausul uavhengig av om han kan vise til noe økonomisk tap som følge av kontraktsbruddet. Dette gjelder selv om klausulens overordnede formål er pønalt, kompensatorisk eller ansvarsbegrensende. Motsatt innebærer dette at realdebitors betalingsplikt heller ikke bortfaller hvis han kan bevise at kreditor ikke har lidt tap.

Et krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen kommer i en litt annen stilling. Som hovedregel er erstatning for slikt tap forbeholdt ugyldige avtaler, og ugyldighetsvirkningen rammer som nevnt også erstatningsklausulen. Annerledes kan det stille seg dersom kravet på negativ kontraktsinteresse er begrunnet i

---

<sup>262</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 652

<sup>263</sup> Jf. bustadoppføringslova § 18 3. ledd: ”[F]orbrukaren kan krevje dagmulkt utan omsyn til økonomisk tap.”

<sup>264</sup> Jf. Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 58

illojalitet på oppfylleelsesstadiet som i Rt. 1938 s. 602 "Blårevdommen". Dersom illojaliteten behandles som et kontraktsbrudd som her, kan den prinsipielt omfattes av en erstatningsklausul. Sett for eksempel at illojaliteten i "Blårevdommen" hadde vært omfattet av en erstatningsklausul. Her kunne man argumentert for at erstatningsklausulen skulle anvendes ved erstatningsutmålingen, og at denne var kompensasjonsrelevant også for den negative kontraktsinteressen. Dersom den fungerte som en ansvarsbegrensning, ville den imidlertid risikere å bli satt til side etter reglene om ansvarsfraskrivelser som følge av illojaliteten, se nedenfor 4.4.3.

### *Betydningen av berikelse*

I norsk kontraktsrett er det en grunnsetning at skadelidte ikke skal berike seg på den annen parts bekostning. Denne grunnsetningen kan også ha betydning for utmålingen av erstatningen, fordi utmålingen av erstatningskravet vil måtte ta hensyn til de fordeler skadelidte har som følge av kontraktsbruddet.<sup>265</sup> Dette følger for så vidt også av et kompensasjonssynspunkt: Skadelidte skal ha full erstatning, men har ikke krav på mer.

Problemstillingen er om berikelsesfradrag har noen betydning ved anvendelsen av erstatningsklausuler. Siden størrelsen på realkreditors økonomiske tap ikke er av betydning, kan det i utgangspunktet heller ikke være relevant å se hen til den berikelse realkreditor får som følge av kontraktsbruddet. Det tradisjonelle berikelsesfradraget har således liten betydning for anvendelsen av erstatningsklausulen. Imidlertid kan det tenkes at tilfeller der realkreditor oppebærer en netto fordel av kontraktsbruddet. Eksempelvis kan kontraktsbruddet medføre at realkreditor slipper unna en tapsbringende kontrakt, eller det kan tenkes at et dekningskjøp for manglende levering gjøres på bedre vilkår enn i den opprinnelige avtalen. Fordelen kan også bestå i at rettidig levering ville medført risikoovergang til realkreditor der kontraktsgjenstandens senere skades eller ødelegges.<sup>266</sup>

Norsk rett har vært skeptisk til tilfeller der realkreditor tjener på misligholdet og samtidig krever det avtalte beløp.<sup>267</sup> I Rt. 1924 s. 1244, som gjaldt manglende levert tømmer, var

---

<sup>265</sup> Se nærmere Hagstrøm (2003) s. 549 og Iversen (2000) s. 733

<sup>266</sup> Jf. det engelske eksempelet *Clydebank v Castenada* [1905] A.C. 6

<sup>267</sup> Se Augdahl (1984) s. 296

erstatningen fastsatt i en erstatningsklausul til kr. 6 per tylft. Årsaken til kontraktsbruddet var ”uhørt vanskelige fløtningsforhold”. Kreditor hadde som følge av kontraktsbruddet foretatt dekningskjøp med betydelig fordel (ca 1/3 av kontraktens pris). Høyesterett la avgjørende vekt på at kontrakten betegnet kravet som ”skadeserstatning”, og at den krenkede oppebar en betydelig fordel ved debtors kontraktsbrudd. Førstvoterende uttalte at ”man var bedst i overensstemmelse md [sic!] rimelige fortolkningsregler, naar man under disse omstændigheter anser partenens forutsætninger for den fikserte skadeserstatning bortfalt”.<sup>268</sup>

Den samme dommen kan tas til inntekt for at klausuler med pønalt preg ikke vil kunne ta hensyn til den krenkedes berikelse. Obiter dictum uttales nemlig at dersom kravet skulle sees under ”synsvinkelen konventionalbot”, ville det kunne være nærliggende å anse ansvaret som bortfalt ”under hensyn til de uhørt vanskelige fløtningsforhold”.<sup>269</sup> Uttalelsen tyder på at et ansvarsbortfall for en klausul med slikt formål da måtte finnes i ansvarsunntaket for ”definitiv umulighet” som drøftet over, og ikke i en tolkning av klausulens rekkevidde som følge av berikelsessynspunkter.

Dette viser at en skepsis mot tilfeller der realkreditor faktisk tjener på realdebtors mislighold kanskje kan kanskje være berettiget der klausulens overordnede formål er kompenserende. En slik tankegang vil imidlertid være fremmed der klausulen har pønalt formål. Etter dette kan det slås fast at berikelsessynspunkter kan ha betydning for anvendelsen av erstatningsklausuler med kompenserende formål.

Igjen kan det da medføre uforutsette tolkningsresultater dersom partene betegner klausulen som ”liquidated damages” til tross for at klausulen egentlig ivaretar pønale formål. Ved å skape en presumpsjon for at klausulen er ment å forhåndsnormere en rimelig erstatning eller begrense ansvaret, vil klausulen i mangel av andre holdepunkter risikere å falle i samme kategori som ”skadeserstatningen” i Rt. 1924 s. 1244. Dermed kan en netto fordel

---

<sup>268</sup> Rt. 1924 s. 1244 på s. 1248-1249

<sup>269</sup> *ibid.* s. 1248.

på realkreditors hånd som følge av kontraktsbruddet medføre bortfall av rettighetene etter klausulen.

### *Adekvans*

I norsk rett sier en gjerne at det er et vilkår for erstatning at det økonomiske tapet må stå i en adekvat årsakssammenheng med kontraktsbruddet. Innholdet i adekvanskravet i norsk rett beror på meget sammensatte vurderinger som tar utgangspunkt i påregnelighetsbetraktninger.<sup>270</sup> Utover dette må en ta i betraktning hvor fjernt og avledet tapet er, samt skyldgraden på misligholderens hånd.<sup>271</sup> I tillegg kan en vurdering av hva som er rimelig i det enkelte tilfellet spille inn.<sup>272</sup> Essensen i adekvansregelen i norsk rett kan uttrykkes som at skadelidte for å kreve erstatning må påvise et tap som må ”stå i en rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig”.<sup>273</sup>

Problemstillingen er hvilken betydning adekvansbegrensningen har ved anvendelsen av erstatningsklausuler. Som drøftet ovenfor har realkreditor i utgangspunktet krav på det avtalte beløp uavhengig av det økonomiske tap han måtte ha lidt som følge av kontraktsbruddet. Når økonomisk tap generelt har liten relevans i vurderingen av debtors betalingsplikt, kan ikke det mindre, nemlig at eventuelt tap er inadekvat, være av særlig betydning. Således kan det ikke være adgang for realdebitor til å imøtegå et krav etter en erstatningsklausul ved å påstå at det tapet realkreditor faktisk har lidt ikke står i en adekvat årsakssammenheng med kontraktsbruddet. En annen måte å se på det er at partene ved inngåelse av en erstatningsklausul bevisst påtar seg risikoen for at tapet blir større eller mindre enn det avtalte beløp, og dermed også risikoen for at inadekvate tap kan dekkes. Når partene har avtalt et beløp som skal erlegges for kontraktsbruddet, kommer dermed ikke adekvansbegrensningen til anvendelse.

---

<sup>270</sup> Jf Hagstrøm (2003) s. 526

<sup>271</sup> *ibid.* s. 530-531

<sup>272</sup> *ibid.* s. 532

<sup>273</sup> Jf. Rt. 1983 s. 205

### *Tapsbegrensningsplikt*

Ved alminnelig erstatningsutmåling gjelder det i norsk rett en tapsbegrensningsplikt. Denne tapsbegrensningsplikten er først og fremst begrunnet i rimelighetsbetraktninger og hensynet til å unngå sløsing med ressurser.<sup>274</sup> Men tapsbegrensningsplikten kan også anses som et utslag av lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold, jf. Rt. 2002 s. 173 (på side 179).

Pliktsubjektet for tapsbegrensningsreglene er tradisjonelt skadelidte. Litt konstruert kan en si at det vil være illojalt å lide tap som med rimelighet kunne vært unngått, dersom dette er et tap som ellers kan veltes over på skadevolderen. Rettsvirkningene av misligholdt tapsbegrensningsplikt er nettopp at tapet blir værende hos skadelidte.

Problemstillingen er om tapsbegrensningsplikten har betydning ved anvendelsen av erstatningsklausuler. Løsningen på denne problemstillingen kan søkes i erstatningsklausulens funksjon. Alt tap realkreditor blir påført av kontraktsbruddet, blir værende hos ham, i og med at hans krav etter en erstatningsklausul blir det samme.<sup>275</sup> Realkreditors nettogevinst i kontraktsforholdet blir mindre jo større det faktiske tapet blir. Det tapet som realkreditor med rimelighet kunne unngått, men som likevel oppstår, bæres derfor helt og holdent av realkreditor selv. I forhold til erstatningsklausulen vil tapsbegrensningspliktens funksjon av å formane realkreditor til lojal adferd eller forhindre sløsing av ressurser ha liten anvendelse. Det kan derfor ikke oppstilles noen tapsbegrensningsplikt i disse tilfellene.

Selv om realkreditor ikke har noen tapsbegrensningsplikt etter at kontraktsbruddet har oppstått, er det ikke utelukket at realkreditor kan tenkes å ha en plikt til å hindre at kontraktsbruddet i det hele tatt oppstår. Selv utenfor tilfeller av kreditormora, kan det tenkes at det er i realkreditors hånd å avverge følgene av realdebitors oppfyllelessvikt. I entrepriseretten kan for eksempel realkreditor gi pålegg om forsering til entreprenør B for å ta inn den forsinkelsen entreprenør A forårsaker ved utføring av deler av sitt arbeid. Forseringen kan

---

<sup>274</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 561

<sup>275</sup> Noe annet gjelder selvsagt der realkreditor til tross for erstatningsklausulen kan søke erstatning på alminnelig grunnlag, men her vil som nevnt de alminnelige prinsippene for utmåling av erstatningen fullt ut få anvendelse.

avverge den dagmulksbelagte forsinkelsen for entreprenør A. Slike plikter vil eventuelt være noe annet enn tapsbegrensningsplikter, og behandles ikke nærmere i det følgende.

Imidlertid kan det tenkes at erstatningsklausulens eksistens medfører en annen tapsbegrensningsplikt enn den tradisjonelle, der skadelidte er pliktsubjektet. Over ble det slått fast at det tap realkreditor lider, i utgangspunktet blir værende hos ham når det er snakk om en erstatningsklausul. På denne bakgrunn kan det derfor tenkes at realdebitor som følge av sitt kontraktsbrudd kan ha en plikt til å begrense realkreditors faktiske tap.

Dersom erstatningen skulle vært utmålt på alminnelig grunnlag, ville denne plikten vært unødvendig. I slike tilfeller risikerer realdebitor, etter de alminnelige reglene om kontraktserstatning, større erstatningsansvar dersom han ikke søker å begrense tapet som følger hans kontraktsbrudd. Tilsvarende effekt vil oppnås dersom en oppstiller en tapsbegrensningsplikt for realdebitor etter en erstatningsklausul. En slik plikt støttes dermed av hensynet til å unngå sløsing, men først og fremst kan det utledes av lojalitetsprinsippet. Den realdebitor som er i mislighold, vil kunne ha en plikt til å lojalt ivareta realkreditors interesser ved å søke å begrense tapet som oppstår som følge av kontraktsbruddet. Dersom denne plikten misligholdes, bør realkreditor ha krav på erstatning for det tapet som burde vært unngått av realdebitor.

Også dette kan illustreres ved et eksempel fra entrepriseretten. I et entrepriseforhold der dagmulkten er begrenset til 10 % av kontraktssummen, kan det tenkes at entreprenøren ser at maksimal dagmulkt vil nås uansett bestrebelser. Med fulle ordrebøker, kan det i slike tilfeller være fristende å nedprioritere forpliktelsene i denne kontrakten, der dagmulktens maksimalnivå nås uansett, og heller bruke ressurser for å sikre rettidig oppfyllelse av en annen kontrakt. En slik handlemåte vil klart karakteriseres som illojal, og det kan ikke være særlig tvil om at ansvarsbegrensningen på 10 % ikke kan påberopes i et slikt tilfelle. Rekkevidden av slike ansvarsbegrensninger generelt drøftes nærmere nedenfor 4.4, men i utgangspunktet må en anta at rettsvirkningene av slik illojalitet vil være at realkreditor kan kreve erstatning for sitt fulle tap dersom det overstiger dagmulkten.

Etter dette må det kunne sies at tapsbegrensningsplikten gjelder også under en erstatningsklausul, men at pliktsubjektet er skadevolderen, og ikke skadelidte som ellers.

### *Oppsummering*

Behandlingen av erstatningsklausulens forhold til den alminnelige erstatningsbeføyelsen og de prinsipper som kan utledes derfra, viser at erstatningsklausulen kun delvis blir berørt av bakgrunnsretten. I stor grad vil forholdet avhenge av klausulens overordnede formål.

Erstatningsklausulene med pønalt formål kan i det konkrete tilfellet tolkes slik at realkreditor kan ha krav på erstatning på alminnelig grunnlag i tillegg til eller istedenfor etter erstatningsklausulen. Utgangspunktet er imidlertid at erstatningsklausulen avskjærer et krav på alminnelig erstatning. Videre er den klare hovedregelen i norsk rett at det kreves et ansvarsgrunnlag utover erstatningsklausulen for å kunne gjøre krav gjeldende etter den. Kun gjennom klare holdepunkter i avtalen kan det innfortolkes et unntak for dette grunnvilkåret for erstatning.

Regler som angår utmålingen av erstatning på alminnelig grunnlag har mindre anvendelse ved erstatning utmålt etter erstatningsklausuler. Særlig gjelder dette kravet til adekvat økonomisk tap. Berikelsessynspunkter kan likevel få betydning for virkningen av erstatningsklausuler med kompenserende formål. Videre gjelder det en tapsbegrensningsplikt i noen tilfeller under erstatningsklausuler som ekskluderer et krav på alminnelig erstatning, men da for realdebitor og ikke realkreditor.

### 4.3.3 Erstatningsklausuler og andre misligholdsbeføyelser

#### *Innledning*

I dette avsnitt vil erstatningsklausulens forhold til andre misligholdsbeføyelser enn erstatning drøftes. Av plasshensyn avgrenses mot en behandling av andre beføyelser enn naturaloppfyllelse og heving på samme vis som i avsnitt 2.3.3. Igjen forutsettes at avtalen ikke uttrykkelig løser spørsmålene, slike tilfeller behandles nærmere under 4.3.4.

Det generelle utgangspunktet i norsk rett må antas å være at realkreditors rett til erstatning ikke faller bort ved at han gjør gjeldende andre misligholdsbeføyelser, jf. eksempelvis kjøpsloven §§ 22 og 30 og CISG art. 45 (2). Ved utarbeidelsen av kjøpsloven ble dette



ansett som en unødvendig presisering av kjøpers rett til erstatning.<sup>276</sup> Et krav på erstatning vil da bero på realkreditors tap etter at andre misligholdsbeføyelser eventuelt har blitt gjort gjeldende. En problemstilling blir da hvilken adgang realkreditor har til å kreve erstatning etter klausulen der han har gjort gjeldende naturaloppfyllelse eller heving.<sup>277</sup>

Først må en imidlertid spørre seg om realkreditor i det hele tatt har krav på andre misligholdsbeføyelser, dersom han også har krav på erstatning etter erstatningsklausulen. Dette må være en forutsetning for at overnevnte problemstilling skal inntre. I det følgende vil det derfor først drøftes om erstatningsklausulen medfører en begrensning i realkreditors adgang etter bakgrunnsretten til å kreve naturaloppfyllelse eller heving. Deretter drøftes realkreditors adgang til å kreve erstatning etter klausulen der han har gjort gjeldende slike beføyelser.

#### *Naturaloppfyllelse*

Naturaloppfyllelse innebærer at avtalen gjennomføres etter sitt innhold, og står i motsetning til gjennomføring av avtalen i form av det oppfyllelssurrogatet som erstatning kan innebære.<sup>278</sup> Ved vurderingen av om realkreditor har rett til naturaloppfyllelse, synes det avgjørende å være om naturaloppfyllelse er den mest formålstjenende sanksjon.<sup>279</sup> At realkreditor har rett til naturalytelse anses som den klare hovedregel i norsk rett, selv om det gjelder flere unntak fra dette begrunnet i hensynet til realdebitor eller samfunnet.<sup>280</sup>

Problemstillingen er først om erstatningsklausulen innvirker på retten til å kreve naturaloppfyllelse, forutsatt at realkreditor ville hatt adgang til dette etter bakgrunnsretten. Som nevnt innledningsvis, gjør som regel ikke en erstatningsklausul ytelsen alternativt

---

<sup>276</sup> Jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 63

<sup>277</sup> Realkreditor vil ikke kunne gjøre gjeldende både naturaloppfyllelse og heving da disse utelukker hverandre, jf. Rt. 1925 s. 32.

<sup>278</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 362

<sup>279</sup> l.c.

<sup>280</sup> ibid. s. 364

bestemt, slik at realdebitor kan fri seg ved å erlegge det avtalte beløp.<sup>281</sup> Når realdebitor ikke kan fri seg ved å erlegge det avtalte beløp, kan ikke realkreditor være avskåret fra å kreve naturaloppfyllelse dersom han ønsker det, og bakgrunnsretten gir ham adgang til det. Retten til naturaloppfyllelse består derfor uavhengig av erstatningsklausulen.

Under denne forutsetning må det spørres om realkreditor kan gjøre gjeldende krav om naturaloppfyllelse og erstatning etter erstatningsklausulen samtidig. I eldre teori har en tatt til orde for at erstatningsklausulen presumptivt fungerer som et alternativ til kontraktsmessig ytelse.<sup>282</sup> Dette måtte i alle fall gjelde der klausulens formål var å innebære en rimelig erstatning til realkreditor.<sup>283</sup> Enkelte forfattere i nyere teori har tatt til orde for at det kan oppstilles presumpsjoner ut fra klausulens utforming. Dersom klausulen gir anvisning på en ”løpende mulkt” ved forsinkelse, vil det være en presumpsjon for at klausulen ikke innskrenker kreditors rett til å kreve oppfyllelse.<sup>284</sup> For så vidt er dette også en rimelig presumpsjon, all den tid krav om naturaloppfyllelse i forsinkelsestilfellene ikke kan reparere allerede inntrådt forsinkelse. Dersom den avtalte erstatning er utformet som et ”engangsbeløp”, oppstilles den motsatte presumpsjon for at den krenkede ikke kan kreve både bot og naturaloppfyllelse.<sup>285</sup>

Til støtte for denne siste presumpsjonen vises gjerne til Rt. 1897 s. 349 som omhandlet levering av tømmer. For ”manglende eller igjenliggende” tømmer skulle kjøperen få erstatning stipulert til kr 8 pr. tylft. At erstatningsklausulen her var et ”engangsbeløp” er ikke helt presist. Erstatningens størrelse var kvantitativt beregnet ut fra mangelens størrelse. Saken var her at realkreditor hadde fått det bestilte kvantum, men at mesteparten ble levert etter det avtalte tidspunkt. Høyesterett fant at avtalen var ”i høi Grad uklar”, men kom til at realkreditor ikke kunne påberope seg bestemmelsen om ”manglende og igjenliggende”

---

<sup>281</sup> Jf. også Hagstrøm (2003) s. 652

<sup>282</sup> Se Stang (1929) s. 216-217 og Bugge (1949) s. 124

<sup>283</sup> Jf. Stang (1929) s. 218

<sup>284</sup> Således Arnholm (1978) s. 321, Augdahl (1984) s. 297 og Hagstrøm (2003) s. 652

<sup>285</sup> Således Augdahl (1984) s. 297 og Hagstrøm (2003) s. 653

tømmer når han tross alt hadde mottatt det bestilte tømmer. Det mottatte tømmer kunne vanskelig sies å være ”manglende eller igjenliggende”, det var heller forsinket. Høyesterett gir klart uttrykk for at kjøperen måtte treffe et valg når tømmeret ikke ble levert, enten kreve den avtalte mulkten eller søke å få tømmeret levert.<sup>286</sup> Dommens resultat følger dermed av en fortolkning av kontrakten, der klausulen bare ble ansett å gjelde manglende levering og ikke forsinket levering. Når tømmeret var levert kunne derfor ikke klausulen påberopes.

Et kanskje bedre eksempel på at ”engangsbeløp” avskjærer naturaloppfyllelse finner en i Rt. 1929 s. 433. Det var her snakk om overtredelse av en konkurranseklausul i et arbeidsforhold, der Høyesterett under dissens (5-2) ga realkreditor medhold i kravet på erstatning etter det stipulerte engangsbeløp (20 000 francs). Flertallet ville her ”- om end under tvil -” ikke gi realkreditor medhold i kravet om fortsatt overholdelse av konkurranseklausulen i tillegg til konvensjonalboten, fordi realkreditors ”krav i henhold til kontrakten derved endelig er fyldegjort.”<sup>287</sup> Mindretallet ville sette konkurranseklausulen tilside som stridende mot bestemmelsen i avtaleloven § 38 2. ledd om urimelige konkurranseklausuler i arbeidsforhold, og vurderte derfor ikke spørsmålet.

Dommene illustrerer at de tilfellene der det er avtalt en erstatningsklausul for mangler, har realkreditor en valgmulighet. Han kan enten velge naturaloppfyllelse eller et beløp utmålt etter erstatningsklausulen.<sup>288</sup> Han kan imidlertid ikke få begge deler. Dette må gjelde både tilfeller av ”engangsbeløp”, jf. Rt. 1929 s. 433, og tilfeller der erstatningsklausulen utmåler på grunnlag av mangelens størrelse, jf. Rt 1897 s. 349.

Der avtalen ikke gir holdepunkter for annet, kan rettstilstanden sammenfattes slik at det i forsinkelsestilfellet kan kreves naturaloppfyllelse, og samtidig erstatning etter

---

<sup>286</sup> Rt. 1897 s. 349 på side 352 og 354

<sup>287</sup> Rt. 1929 s. 433 på side 436

<sup>288</sup> I motsetning til de alternativt bestemte ytelsene der *realdebitor* har rett til å velge å levere den ene eller den annen ytelse.

erstatningsklausulen frem til oppfyllelse skjer. I mangelstilfeller kan realkreditor kreve naturaloppfyllelse, men i den grad han får mangelfri ytelse, kan han ikke samtidig kreve erstatning etter erstatningsklausulen. Tilsynelatende er det da et spørsmål om erstatningsklausulen fungerer som et surrogat for naturaloppfyllelsen eller ikke. Teoriens presumpsjon på bakgrunn av klausulens utforming gir derfor begrenset veiledning. Presumpsjonen kunne isteden basere seg på at i mangelstilfellene fungerer erstatningsklausulen som et oppfyllellessurrogat for naturalytelsen, mens den ikke gjør dette i forsinkelsestilfellene – rettidig levering er her en konseptuell umulighet.

Det kan spørres hva som skal til for å røkke ved en slik presumpsjon. Dersom det er holdepunkter for at klausulen ivaretar pønale formål, kan det argumenteres for at krav etter klausulen ikke bør utelukke et krav på naturaloppfyllelse sammen med et krav etter erstatningsklausulen. Her er det sentrale at realkreditor skal ha sikkerhet for riktig oppfyllelse, og at kontraktsbrudd skal få større konsekvenser for realdebitor enn bakgrunnsretten legger opp til. Men selv om klausulens formål er pønalt, er det ikke sikkert at man bør tolke klausulen som et tillegg til naturaloppfyllelse.<sup>289</sup> Det kan tenkes at oppfyllellespresset som ligger i erstatningsklausulen bør være nok i seg selv.

Den alminnelige erstatningsbeføyelsen skal fungere som et surrogat for kontraktsmessig oppfyllelse.<sup>290</sup> Gode grunner tilsier etter min mening at vurderingen av om realkreditor kan kreve erstatning etter erstatningsklausulen der han har fått naturaloppfyllelse, knyttes mot de samme kriterier som vurderingen av om erstatningsklausulen står i et kumulativt forhold til erstatning etter alminnelige regler.<sup>291</sup> En slik løsning synes å være mest konsistent, og det er ingen grunn til å gjøre forskjell på tilfellene. I tråd med drøftelsene over må det da antas at det kreves klare holdepunkter før en innrømmer realkreditor både naturaloppfyllelse og erstatning etter erstatningsklausulen.

---

<sup>289</sup> Se Stang (1929) s. 216-217 og Bugge (1949) s. 124

<sup>290</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 362

<sup>291</sup> Se således også Stang (1929) s. 216

Etter dette kan det sies at med mindre det foreligger klare holdepunkter for noe annet, kan realkreditor kreve erstatning etter en erstatningsklausul og samtidig naturaloppfyllelse bare dersom erstatningsklausulen ikke innebærer et surrogat for oppfyllelsen, hvilket den vanligvis er i mangelstilfellene. Konklusjonen viser igjen, og av de samme grunner som over, at det kan få utilsiktede virkninger i forhold til retten til naturaloppfyllelse dersom partene formulerer erstatningsklausulen som "liquidated damages" der formålet egentlig er pønalt.

### *Heving*

Heving medfører at partenes rett og plikt til å oppfylle avtalen in natura oppheves.<sup>292</sup>

Dersom debitor er i vesentlig mislighold oppstilles det med bakgrunn i alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper en rett for kreditor til å heve kontrakten. Hvorvidt det foreligger vesentlig mislighold beror på en konkret helhetsvurdering. Det avgjørende er om misligholdet er av en slik art og/eller omfang at det gir kreditor "rimelig grunn for ... å si seg løst fra kontrakten", jf. Rt. 1998 s 1510.<sup>293</sup>

Problemstillingen er først om en erstatningsklausul innvirker på hevingsadgangen. Under forutsetning av at avtalen ikke har noen eksplisitt regulering av forholdet mellom erstatningsklausulen og hevingsadgangen, er utgangspunktet at det ikke er noen sammenheng mellom dem. Hevingsrett kan inntre selv om det skal erlegges et avtalt beløp etter en erstatningsklausul, og hevingsretten er ikke nødvendigvis avskåret eller suspendert selv om debitor oppfyller sine forpliktelser etter erstatningsklausulen.<sup>294</sup>

Hevingsadgangen må som ellers forankres i den nevnte formuleringen av vilkåret for heving. I overnevnte dom uttales det at det i helhetsvurderingen må legges vekt på om et prisavslag kan "gjenopprette de økonomiske konsekvensene av kontraktsbruddet og også gi

---

<sup>292</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 409

<sup>293</sup> *ibid.* s. 411

<sup>294</sup> Se således Hagstrøm (2003) s. 652 i forhold til dagmulkt.

en adekvat reaksjon på det kontraktsbrudd som foreligger”.<sup>295</sup> Dette kan ha overføringsverdi til kontrakter der misligholdsbeføyelsen er en erstatningsklausul, som også bidrar til å kompensere realkreditor og kan innebære en adekvat reaksjon på kontraktsbruddet. Størrelsen av den avtalte erstatningsklausulen i forhold til kontraktsbruddets økonomiske konsekvenser, vil derfor være relevant i vesentlighetsvurderingen. Selv uten noen eksplisitt bestemmelse, kan derfor en naturlig tolkning medføre at en løpende mulkt suspenderer hevingsretten, jf. Rt. 1922 s. 308.<sup>296</sup> Suspensjon av hevingsbeføyelsen kan være et tolkningsalternativ der det dreier seg om løpende mulkt for forsinkelse. Et slikt tolkningsalternativ er imidlertid mindre aktuelt for mangelstilfellene.

Under forutsetning av at det foreligger grunnlag for å heve kontrakten selv om kontraktsbruddet er sanksjonert med en erstatningsklausul, blir den neste problemstillingen om realkreditor kan heve avtalen og samtidig kreve det avtalte beløp i henhold til erstatningsklausulen. Teorien later igjen til å gjøre et skille ut fra utformingen av klausulene. For forsinkelsestilfeller hvor det er avtalt en løpende mulkt, må det antas at kreditor vanligvis har krav etter erstatningsklausulen frem til heving skjer.<sup>297</sup> Dette kan finne sin begrunnelse i at det her har oppstått et kontraktsbruddet før hevingstidspunktet. Det er naturlig at disse kontraktsbrudd sanksjoneres i samsvar med kontraktens bestemmelser.

Dette er i samsvar med den alminnelige tolkningen av NS 8505 pkt. 39.4<sup>298</sup> og NF 05 art 26.2,<sup>299</sup> selv om dette ikke står eksplisitt i kontraktene. Den motsatte løsningen er imidlertid uttrykkelig avtalt i Skip 2000 art. XII, der realkreditor ved ”kansellering”<sup>300</sup> utelukkende kan kreve tilbakebetaling av allerede betalt vederlag med tillegg av en avtalt rente. Kontrakten innebærer at kontraktsbrudd frem til heving ikke medfører noen

---

<sup>295</sup> Rt. 1998 s 1510 på s. 1518

<sup>296</sup> Se også Olsen (1993) s. 149 for det tilsvarende synet i svensk rett.

<sup>297</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 652

<sup>298</sup> Jf. *NS 8405 med kommentarer* (2004) s. 606

<sup>299</sup> Jf. Kaasen (2006) s. 683

<sup>300</sup> At ”kansellering” er det samme som heving er forutsatt i Meland (2006) s. 180

erstatningsplikt for realdebitor.<sup>301</sup> Hevingsbeføyelsen utelukker dermed eventuelle opptjente rettigheter etter erstatningsklausulen i art IV. At den ene løsningen innfortolkes uten nærmere begrunnelse, mens den motsatte fremgår uttrykkelig, taler for at kontraktspraksis på tilvirkningsområdet tar som deklarasjon utgangspunkt at realkreditor har krav etter erstatningsklausulen frem til heving skjer.

At hevingen ikke skal ha noen innvirkning på realkreditors erstatningskrav etter erstatningsklausulen, er tilsynelatende også løsningen etter UNIDROIT art. 7.3.5 (2): "Termination does not preclude a claim for damages for non-performance". I kommentaren fremgår at med "damages" menes de erstatningskrav den krenkede part kan gjøre gjeldende etter kapittel 7.4,<sup>302</sup> og bestemmelsen om "agreed damages" i UNIDROIT art 7.4.13 må dermed kunne opprettholdes i hevingstilfellene.

Et annet spørsmål er om realkreditor har adgang til å kreve løpende mulkt også etter hevingstidspunktet. I teorien legges til grunn at heving avskjærer kreditors rett til mulkt etter heving.<sup>303</sup> Erstatning etter hevingstidspunktet må da utmåles i tråd med de alminnelige regler, eventuelt etter kontraktens nærmere bestemmelser om erstatning i hevingstilfellet. Løsningen etter NS 8405 pkt 39.4 er at erstatning etter hevingstidspunktet må utmåles etter alminnelige regler. Om denne løsningsvarianten gjelder som deklarasjon ble holdt som usikkert i Rt. 1978 s. 960 (obiter dictum). Siden klausulene er knyttet opp mot forsinkelse, virker det naturlig at den løpende mulkten stopper ved heving. Etter dette tidspunktet foreligger ikke lenger noen plikt til å levere, og ytterligere forsinkelse etter hevingen er strengt tatt ikke et kontraktsbrudd.

Det kan nevnes at en annen løsning er nedfelt i NF 05 art 26.3. Her har realkreditor krav på dagmulkt for den hypotetiske forsinkelse som ville oppstått dersom leverandøren skulle ha fullført kontraktsgjenstanden.<sup>304</sup> Selv om dette kan høres hardt ut for realdebitor, er det totale ansvaret for inntrådt og "hypotetisk" forsinkelse begrenset til 10 % av kontraktssummen, jf. art. 24.2 tredje ledd, samt at dagmulksansvaret er uttømmende for realdebitors erstatningskrav som følge av forsinkelser.<sup>305</sup> Bestemmelsen må etter de tidligere drøftelsene anses som en særregulering.

---

<sup>301</sup> Se Meland (2006) s. 182

<sup>302</sup> Jf. UNIDROIT art. 7.3.5 comment 2.

<sup>303</sup> Se Augdahl (1984) s. 297

<sup>304</sup> Se nærmere Kaasen (2006) s. 684

<sup>305</sup> Se Kaasen (2006) s. 684

Etter dette må utgangspunktet være at realkreditor kan gjøre en løpende mulkt gjeldende for inntrådt forsinkelse frem til hevingsbeføyelsen er gjort gjeldende, men ikke etter.

For andre erstatningsklausuler enn løpende mulkt ved forsinkelse har teorien tatt til orde for at en heving av kontrakten ikke vil forspille den krenkedes rett etter en erstatningsklausul i form av et ”engangsbeløp”.<sup>306</sup> Også dette kan begrunnes i at kravet etter erstatningsklausulen regelmessig vil grunnes i allerede inntrådte kontraktsbrudd, og erstatningsklausulen derfor i utgangspunktet må få anvendelse. Dersom det ikke er holdepunkter for at erstatningsklausulen skal settes til side i hevningstilfellene, bør nok hovedregelen være at domstolene respekterer partenes ønske om å sanksjonere det aktuelle kontraktsbruddet med det stipulerte beløp, uavhengig av om kontrakten heves eller ikke.

Etter at hevingsbeføyelsen gjøres gjeldende, vil det vanligvis ikke være noen kontraktsbrudd som erstatningsklausulen kan anvendes på. Annerledes kan dette være der kontrakten oppstiller plikter som er ment å eksistere også etter en heving, for eksempel en gjensidig taushetsplikt. I den grad slike plikter består, og er sanksjonert med en erstatningsklausul, vil det fortsatt kunne bli snakk om å gjøre klausulen gjeldende.

På denne bakgrunn synes det igjen unødvendig å oppstille noe prinsipielt skille mellom erstatningsklausuler som er utformet etter størrelsen på kontraktsbruddet, som dagmulkter, og de som er utformet som ”engangsbeløp”. En lettere formulering av rettstilstanden kan ta utgangspunkt i forutsetningen om kontraktsbrudd for anvendelsen av erstatningsklausulene. En erstatningsklausul vil være effektiv så lenge det foreligger et kontraktsbrudd som omfattes av klausulen, og dette er regelmessig tilfelle der vilkårene i klausulen inntre før heving gjøres gjeldende. Motsatt vil vilkårene i erstatningsklausulen vanligvis ikke kunne inntre etter heving, med mindre partene har avtalt at visse forpliktelser skal bestå også etter heving, og disse omfattes av en erstatningsklausul.

---

<sup>306</sup> Se Augdahl (1984) s. 297



Konklusjonen foranlediger en utdyping for tilfeller der heving grunnes i et antesipert mislighold. I slike tilfeller har det strengt tatt ikke inntrådt noe kontraktsbrudd. I likhet med common law får antesipert mislighold i norsk rett de samme rettsvirkninger som regulære mislighold.<sup>307</sup> Det kan derfor antas at et krav etter erstatningsklausulen ikke kan avfeies med begrunnelse i at det ikke har inntrådt et fysisk kontraktsbrudd. I norsk rett kan det også sees i sammenheng med de strenge vilkår som stilles for å påberope seg et antesipert mislighold. Det kreves ”en sannsynlighet som ligger nær vissheten” for at kontraktsbrudd vil inntre.<sup>308</sup>

En ubetinget rett til erstatning etter erstatningsklausulen også ved heving grunnet antesipert mislighold kan det imidlertid ikke være snakk om, spesielt ikke for erstatningsklausuler knyttet til forsinkelse. Løsningen må antakelig bero på en tolkning av den enkelte kontrakt. I NS 8405 pkt. 39.4 går det for eksempel eksplisitt frem at dagmulkt ikke kan kreves etter hevingstidspunktet. Den naturlige tolkning av dette er at dagmulkt ikke kan kreves der det heves før det er inntrådt en dagmulktbelagt forsinkelse.<sup>309</sup> Hvorvidt dette fremstår som et uttrykk for deklatorisk rett er usikkert, men avhandlingen vil ikke gå nærmere inn i dette.

#### 4.3.4 Eksplisitte reguleringer - ”Sole remedy” m.m.

##### *Innledning*

De foregående avsnittene har søkt å redegjøre for erstatningsklausulenes forhold til bakgrunnsrettens alminnelige misligholdsbeføyelser. De problemstillingene som der er drøftet, er fortløpende gjort under forutsetning av at avtalen ikke uttrykkelig løser spørsmålet. Drøftelsene synliggjør at erstatningsklausulen i en rekke tilfeller kan ha et uklart forhold til bakgrunnsretten. En tydelig regulering i avtalen kan være egnet til å unngå en rekke av de tolkningsspørsmål som oppstår. Reguleringer som løser et konkret tolkningsspørsmål, for eksempel adgangen til å heve avtalen som følge av et kontraktsbrudd som er sanksjonert med en erstatningsklausul, antas ikke å medføre

---

<sup>307</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 595

<sup>308</sup> Jf. Augdahl (1984) s. 281

<sup>309</sup> Jf. NS 8405 med kommentarer (2004) s. 606

ytterligere spørsmål enn de som er behandlet ovenfor. Det avgrenses derfor mot slike konkrete reguleringer.

I lys av de drøftelsene som er gjort over, vil avhandlingen i dette avsnittet redegjøre for virkningene av at avtalen har en eksplisitt regulering som etter sin ordlyd generelt omhandler klausulens forhold til bakgrunnsretten. Først drøftes tilfellet der avtalen foreskriver at erstatningsklausulen er realkreditors eneste misligholdsbeføyelse ("sole remedy"). Derneft behandles også det motsatte tilfellet, der avtalen innebærer at erstatningsklausulen generelt skal være uten innvirkning på realkreditors misligholdsbeføyelser etter bakgrunnsretten.

### *"Sole remedy"*

En "sole remedy"-klausul innebærer som nevnt at partene har avtalt at erstatningsklausulen skal være realkreditors eneste beføyelse ved kontraktsbrudd.

Behovet for en slik regulering i norsk rett synligg res ved at erstatningsklausulen i noen tilfeller kan tolkes slik at realkreditor har krav på erstatning i tillegg til eller istedenfor erstatningsklausulen. Tilsvarende vil ikke erstatningsklausulen i seg selv utelukke krav på naturaloppfyllelse eller heving, og i noen tilfeller kan realkreditor også kreve erstatning etter erstatningsklausulen i tillegg til å gjøre disse beføyelsene gjeldende.

Problemstillingen er hvilke rettsvirkninger en slik klausul vil ha i norsk rett. Som regel vil ordlyden og formålet med en "sole remedy" være klar: Erstatningsklausulen skal være realkreditors eneste beføyelse ved kontraktsbrudd. Når det kommer til den alminnelige erstatningsbeføyelsen, avskjærer reguleringen realkreditors eventuelle krav på slik erstatning. Imidlertid er ikke reguleringen egnet til å løse spørsmålet om erstatningsklausulen innebærer et avvik fra bakgrunnsrettens krav om ansvarsgrunnlag. Dette må bero på den samme vurderingen som ellers. Imidlertid vil det være unaturlig å tenke seg at en klausul som søker å innskrenke realdebitors ansvar uten videre skulle få en slik ansvarsskjerpende virkning. Heller ikke anvendelsen av de alminnelige

erstatningsrettslige prinsippene ved vurderingen av erstatningsklausulens rekkevidde, kan tenkes å bli berørt av at klausulen regulerer realkreditors adgang til å kreve andre beføyelser. Eksempelvis er det ikke mindre grunn til at en erstatningsklausul uten pønalt formål skulle falle bort dersom realkreditor oppbærer en nettofordel som følge av kontraktsbruddet, selv om erstatningsklausulen er realkreditors "sole remedy". Disse spørsmål må løses i tråd med de drøftelsene som er gjort over.

Virkingen av at erstatningsklausulen er realkreditors "sole remedy" i forhold til bakgrunnsrettens erstatningsbeføyelse, er således utelukkende å avskjære et krav på alminnelig erstatning i tillegg til eller istedenfor erstatningsklausulen, i de tilfeller der det kunne vært adgang til dette.

Når det gjelder kravet på naturaloppfyllelse, vil en "sole remedy" etter sin ordlyd avskjære realkreditors eventuelle rett etter bakgrunnsretten til å kreve dette. Den valgetten som realkreditor vanligvis har, eller den muligheten realkreditor i noen tilfeller kan ha til å kreve begge deler, vil således være avskåret. Tilsvarende vil realkreditors hevingsbeføyelse etter klausulens ordlyd være avskåret.

En "sole remedy" klausul vil i norsk rett defineres som en ansvarsfraskrivelse, fordi den gir anvisning på at ytterligere misligholdsbeføyelser ikke skal inntre.<sup>310</sup> I norsk rett har det domstolene vært skeptiske til å godta enhver ansvarsfraskrivelse. Denne skepsisen vises hovedsakelig gjennom prinsipper for tolkingen av klausulene. For det første synes det i praksis å ha utkrystallisert seg en regel om at allment formulerte ansvarsfraskrivelser ikke kan anses å dekke grov uaktsomhet.<sup>311</sup> For det andre er domstolene tilbakeholdne med å anerkjenne en ansvarsfraskrivelse etter sitt umiddelbare innhold når det har skjedd et betydningsfullt kontraktsbrudd som ikke får virkninger om fraskrivelsen fullt ut skal opprettholdes.<sup>312</sup>

---

<sup>310</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 623

<sup>311</sup> Hagstrøm (1996) s. 449

<sup>312</sup> *ibid.* s. 453

De lege lata er det klart at "sole remedy"-klausuler må underlegges en restriktiv tolkningsprosess som andre ansvarsfraskrivelser. Det kan likevel spørres om de tradisjonelle tolkningsprinsippene for ansvarsfraskrivelser bør komme uavkortet til anvendelse for "sole remedy" klausuler. Det kan anføres noen hensyn som ikke nødvendigvis gjør en bekreftende konklusjonen innlysende. Knyttet opp mot en "liquidated damages" klausul er det et element av gjensidighet i klausulen, idet realkreditor kan tenkes å nyte fordel i de tilfellene der det avtalte beløp overstiger det faktiske tap. Klausulen inntas vanligvis i store og komplekse avtaleforhold, der hensynene til klarhet og forutberegnelighet gjør seg gjeldende med styrke. Videre kan det være snakk om avtaler som gjenspeiler en kutyme på kontraktsområdet, som eksempelvis klausulen i Skip 2000 art. IV.<sup>313</sup>

Klausulen må i utgangspunktet underlegges de restriktive tolkningsreglene som gjelder for ansvarsfraskrivelser. I tillegg til å risikere å bli tolket innskrenkende, vil klausulene kunne bli satt tilside med forankring i avtalelovens § 36. Avtalesensur og mer prinsipielle betraktninger om ansvarsfraskrivelsers stilling i norsk rett behandles nedenfor 4.4. I det følgende drøftes problemstillingen om klausulen kan få anvendelse etter sin ordlyd når det medfører at betydningsfulle kontraktsbrudd ikke får virkninger for realdebitor.

I norsk rett har en et eksempel på rekkevidden av en klausul med tilsvarende effekt som "sole remedy" i "Wingull"-dommen.<sup>314</sup> Selv om dommen ikke dreier seg om erstatningsklausuler, kan den være egnet til å illustrere domstolenes praksis i møte med klausuler av denne type. I praksis var kjøpers eneste beføyelse etter kontrakten her retting av mangler. Etter ett og et halvt år med forgjeves forsøk på å rette manglene, krevde kjøper heving og erstatning for positiv kontraktsinteresse, til tross for avtalens klare ordlyd. Voldgiftsretten fant at ansvarsfraskrivelsen som klausulen innebar, ikke kunne anvendes under de omstendigheter som forelå, og at kjøper således kunne kreve heving og erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det kan diskuteres om dommen innebærer en innskrenkende tolkning av klausulen eller en direkte tilsidesettelse, men dommen er

---

<sup>313</sup> Jf. Meland (2006) s. 24

<sup>314</sup> ND 1979 s. 231 (Voldgift)

formelt begrunnet i en tolkning av avtalen.<sup>315</sup> Retten la i sin begrunnelse for resultatet om innskrenkende tolkning avgjørende vekt på at forutsetningene for å anvende klausulen var bortfalt når rettebeføyelsen ikke innebar noen effektiv beføyelse. For så vidt kan en si at retten la formålsbetraktninger til grunn. Dommen er et eksempel på at domstolene er skeptiske til slike klausuler, og at selv klart avfattede ansvarsfraskrivelser, dersom de medfører at betydelige kontraktsbrudd ikke får virkninger, tolkes så innskrenkende at de i realiteten blir satt til side.<sup>316</sup>

Hvorvidt dommen kan ha overføringsverdi til erstatningsklausuler som er realkreditors "sole remedy" kan diskuteres. I "Wingull"-dommen fikk ikke kjøper den ytelsen han hadde krav på, og den avtalte misligholdsbeføyelsen var i praksis verdiløs. Dersom en avtalt erstatningsklausul i samme situasjon ville vært tilnærmet verdiløs, kan det argumenteres for at resultatet bør bli det samme. Eksempelvis kan det tenkes at det er avtalt dagmulkt for en forsinkelse som er begrenset til 10 % av kontraktssummen. Dersom forsinkelsen vedvarer vesentlig utover dette, kan det etter hvert tenkes at en avskjæring av realkreditors hevingsrett vil være i strid med forutsetningene for å anvende klausulen. En slik løsning kan forankres i domstolenes tradisjonelle tilbakeholdenhet mot å anerkjenne en ansvarsfraskrivelse etter sitt umiddelbare innhold når det har skjedd et betydningsfullt kontraktsbrudd som ikke får virkninger om fraskrivelsen fullt ut skal opprettholdes. Løsningen kan også begrunnes i lys av rimelighetsstandarden i avtalelovens § 36 eller alminnelige formålsbetraktninger.

Rettsanvenderen trenger ikke alltid å tolke "sole remedy"-reguleringen så innskrenkende at den i realiteten settes til side. En annen løsning er at anvendelsesområdet til selve erstatningsklausulen innskrenkes. Som nevnt over er det ikke alltid like lett å vurdere

---

<sup>315</sup> På side 257 uttale voldgiftsretten for eksempel at "ansvarsfraskrivelsene i punktene 7 og 9 bør godkjennes så langt de rekker etter en vanlig *fortolkning*." Videre fremgår at det generelle spørsmålet om ansvarsfraskrivelsene kan "tillegges virkning i ekstreme tilfeller som det foreliggende" var "relevante ved *fortolkningen* av" avtalen. [Mine uthevelser]

<sup>316</sup> Hagstrøm (1996) s. 457-458

hvilke omstendigheter som omfattes av klausulen. I det konkrete tilfellet kan det da være mulig å komme til en tolkning som medfører at erstatningsklausulen, og dermed også ”sole remedy”-reguleringen, ikke har anvendelse på det konkrete kontraktsbruddet.

*”Without prejudice to any other rights or remedies”*

En eksplisitt regulering med den motsatte effekt av ”sole remedy” kan også tenkes, nemlig der klausulen generelt regulerer forholdet slik at erstatningsklausulen ikke skal ha innvirkning på realkreditors øvrige beføyelser etter bakgrunnsretten.<sup>317</sup> Problemstillingen er hvilke rettsvirkninger en slik regulering har i norsk rett.

Særlig to tolkningsalternativ kan tenkes for en slik regulering. Dersom reguleringen har til formål å klargjøre at erstatningsklausulen ikke nødvendigvis er realkreditors eneste beføyelse for kontraktsbrudd i tråd med det som er sagt ovenfor, vil den neppe medføre ytterligere rettsvirkninger enn erstatningsklausulen i seg selv.

Dersom formålet med reguleringen imidlertid er å skjerpe realdebitors misligholdsansvar i forhold til de deklatoriske misligholdsreglene, kan saken stille seg annerledes. Det kan da tenkes at erstatningsklausulen skal stå i et kumulativt forhold til realkreditors alminnelige beføyelser. I så fall må den vurderes som en ansvarsskjerpelse.<sup>318</sup> Som drøftet ovenfor vil erstatningsklausulen uten nærmere holdepunkter ikke anses å stå i et kumulativt forhold til de øvrige beføelsene. En slik regulering kan slå urimelig ut for eksempel der realkreditor hever kontrakten, får erstatning for oppfyllelsesinteressen og samtidig et betydelig beløp etter erstatningsklausulen.

For å få full effekt i norsk rett er det antakelig nødvendig at en slik klausul utformes med tilstrekkelig klar ordlyd. Frasen ”without prejudice to any other rights or remedies”, fremkaller som nevnt to tolkningsalternativ. I norsk rett er det et nærliggende å velge det

---

<sup>317</sup> Jf. eksempelet fra Dunlop v New Garage [1915] A.C. 79 under avsnitt 1.4.3.

<sup>318</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 649

tolkningsalternativ som innebærer minst avvik fra deklarasjonisk rett.<sup>319</sup> Også i lys av den rimelighetsstandarden som er nedfelt i avtalelovens § 36 kan det ikke utelukkes at en domstol vil tolke klausulen innskrenkende for å unngå at realdebitor rammes urimelig hardt av sitt kontraktsbrudd.

Etter dette må slike reguleringer vanligvis må tolkes slik at de kun klargjør det som ellers følger av norsk bakgrunnsrett, nemlig at erstatningsklausulen ikke nødvendigvis anses som en uttømmende regulering av realkreditors misligholdsbeføyelser.

#### 4.4 Avtalerevisjon av erstatningsklausuler

##### 4.4.1 Innledning

###### *Oversikt over videre fremstilling*

Forutsetningen for de videre drøftelsene er at det foreligger et kontraktsbrudd som utløser ansvar etter en erstatningsklausul. Den avtalte erstatningen kan oppfattes som enten for høy eller for lav, og realkreditor eller realdebitor kan forsøke å få en slik avtale helt eller delvis tilsidesatt. Hjemmel for dette kan tenkes å være avtalelovens § 36 eller læren om ansvarsfraskrivelser. Selv om ansvarsfraskrivelser i dag må vurderes i lys av avtaleloven § 36, vil problemstillinger i forbindelse med erstatningsklausuler som begrenser ansvaret drøftes i et eget avsnitt (4.4.3) i lys av den tradisjonelle læren om ansvarsfraskrivelser. Siden den opprinnelige § 36 omhandlet urimelig høye erstatningsklausuler, vil behandlingen av dagens § 36 i avsnitt 4.4.2 da vinkles mot de urimelig høye erstatningsklausulene. I enkelte kontraktsforhold kan også den tradisjonelle læren om bristende forutsetninger tenkes å få anvendelse for erstatningsklausuler, som et eget grunnlag for bortfall eller modifisering av kontraktens forpliktelser.<sup>320</sup> Problemstillinger i denne forbindelse skilles ut til et eget avsnitt 4.4.4.

---

<sup>319</sup> Jf. eksempelvis mindretallsvotumet til justitiarius Scheel i Rt. 1921 s. 313.

<sup>320</sup> Se nærmere under pkt 4.4.4.

Før avhandlingen går nærmere inn på disse konkrete drøftelsene, kan det innledningsvis være hensiktsmessig med en oversikt over noen generelle spørsmål i tilknytning til anvendelsen av avtalelovens § 36 på erstatningsklausuler.

### *Erstatningsklausuler og avtalelovens § 36*

Avhandlingen søker kun å behandle de aspekter ved bestemmelsen som er særlig egnet til å belyse vurderingen av erstatningsklausuler i avtaleforhold mellom profesjonelle parter i norsk rett. Når det gjelder den generelle urimelighetsvurderingen og tolkningen av avtalelovens § 36 henvises det til den omfattende litteraturen en finner om temaet i norsk rett.<sup>321</sup>

Noen generelle bemerkninger av betydning for rimelighetssensur av avtaler i næringsforhold skal likevel nevnes. Selv om avtalelovens § 36 først og fremst skulle verne den svakere part i kontraktsforholdet, synes den også å ha blitt benyttet i en viss utstrekning også mellom kommersielle parter.<sup>322</sup> Det skal imidlertid mye til før bestemmelsen får direkte anvendelse mellom jevnbyrdige kommersielle parter.<sup>323</sup> Bestemmelsens kanskje viktigste implikasjonen i slike kontraktsforhold er som nevnt tidligere at den også er et viktig moment ved tolkningen av avtaleklausuler.<sup>324</sup> Rettspraksis viser imidlertid at grensen mellom avtalerevisjon og tolkning kan være relativt flytende.<sup>325</sup>

Det er antatt at tidligere rettspraksis er relevant ved vurderingen av om en ansvarsfraskrivelse er urimelig etter avtalelovens § 36 eller ikke.<sup>326</sup> Da avtalelovens § 36 opprinnelig satte en grense for adgangen til å avtale høy erstatning for kontraktsbrudd, kan

---

<sup>321</sup> Se for eksempel Hagstrøm (2003) s. 275 flg. eller Woxholth (2005) s. 365 flg.

<sup>322</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 278

<sup>323</sup> Jf. plenumsdommen inntatt i Rt. 1988 s. 295

<sup>324</sup> Se således Hagstrøm (2003) s. 278

<sup>325</sup> Jf. Rt 1991 s. 220, der resultatet ble begrunnet i en tolkning av avtalen.

<sup>326</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 631 (og s. 638), der det fremgår at tidligere rettspraksis vil "være en viktig premiss".



det diskuteres om rettskilder knyttet til den opprinnelige bestemmelsen er relevant ved anvendelsen av dagens bestemmelse på erstatningsklausuler som fastsetter et høyt beløp, eventuelt om de bør tillegges begrenset vekt.

Forarbeidene til dagens bestemmelse kan tale for at tidligere praksis bør ha en viss betydning: ”De løsninger som følger av avtalelovens §36 og §37 må antas å falle sammen med det som vil følge av generalklausulen, med to unntak: Selve standarden etter §36 og §37 er « aabenbart ubillig », og betaling av konvensjonalboten avskjærer enhver lempningsadgang.”<sup>327</sup> Ut fra dette kan det synes som om adgangen til nedsettelse av boten ble noe utvidet ved lovendringen. Språklig sett må det antas at ”aabenbart ubillig” er et strengere vilkår enn ”urimelig”. Det bør av denne grunn vises varsomhet med å trekke slutninger fra tidligere dommer der klausulen blir opprettholdt etter sin ordlyd. Betenkeligheten er av samme årsak ikke den samme der domstolene har kommet til at boten kunne nedsettes etter den tidligere bestemmelsen.

Nå som før må rimelighetsvurderingen gjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering av samtlige forhold. Uttalelsen i forarbeidene gir også holdepunkter for at rimelighetsvurderingen må ta utgangspunkt i de samme momenter som tidligere, med unntak av betydningen av erleggelse av boten. I forarbeidene til den svenske § 36 uttales det eksplisitt at de omstendigheter som hadde betydning under den opprinnelige § 36 i det alt vesentlige beholder sin gyldighet under den nye generalklausulen.<sup>328</sup> Dette må antas å gjelde også i norsk rett.

Det kan videre presiseres at avtaleloven § 36 legger opp til en bredere helhetsvurdering av avtalen og dens virkninger på oppfyllestidspunktet. Således er det ikke bare rimeligheten av den enkelte avtaleklausul som må vurderes etter § 36, men avtaleforholdet i sin helhet. Den konkrete urimelighetsvurderingen kan derfor ikke løsrives fra sin kontekst, herunder

---

<sup>327</sup> Jf. NOU 1979:32 s. 56-57

<sup>328</sup> Jf. Prop 1975/76:81 s. 141

hvilke rettsvirkninger erstatningsklausulen har i forhold til realkreditors øvrige misligholdsbeføyelser.

#### 4.4.2 Momenter av betydning i rimelighetsvurderingen av erstatningsklausuler

I dette avsnitt vil det redegjøres for noen momenter som, i tillegg til den generelle betydningen av partenenes profesjonalitet, typisk inngår i rimelighetsvurderingen etter § 36 for erstatningsklausuler. Som nevnt vil fokuset her være på de urimelig høye erstatningsklausulene, mens erstatningsklausuler som fungerer som ansvarsbegrensninger skilles ut til egen behandling nedenfor.

Kjernen for urimelighetsvurderingen må nødvendigvis være *størrelsen på den avtalte erstatningsklausulen*. Størrelsen må først og fremst holdes opp mot den totale kontraktssummen og omfanget av de forpliktelser erstatningsklausulen er knyttet til, jf. Rt. 2007 s. 862.<sup>329</sup>

Denne saken gjaldt spørsmål om lemping av dagmulkt ved oversittelse av frist for retting i forbindelse med mangelfull montering av peis som delentreprise ved oppføring av bolighus. Avtalen regulerte dagmulkt for gjenstående arbeider etter en delentreprise som falt under bustadoppføringslova. Flertallet på to dommere voterte for at dagmulkten på kr 1 000 (totalt kr 330 000) kunne halveres. Dommens rettskildevekt for drøftelsene her kan diskuteres. Selv om Høyesterett omtaler den som en ”forliksavtale” er avtalens realitet at den regulerer konsekvensen av fremtidige kontraktsrettslige plikter og rettigheter og ikke konsekvensen av eksisterende kontraktsbrudd. Som nevnt innledningsvis er det dermed snakk om en erstatningsklausul i avhandlingens forstand. Selv om resultatet bygger på rimelighetsvurderingen i bustadoppføringslova § 23 og ikke avtalelovens § 36, uttalte førstvoterende som målsmann for flertallet at ”[r]eelt sett har det neppe særlig betydning om rimelighetsvurderingen foretas med grunnlag i bustadoppføringslova § 23 eller avtalelovens § 36”.<sup>330</sup> Siden lempingen her skjedde til fordel for den profesjonelle part, må det videre antas at dommen kan ha betydning også utenfor forbrukerforhold. I det følgende vil dommen derfor legges til grunn som en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av avtalelovens § 36 anvendt på erstatningsklausuler, også i næringsforhold.

---

<sup>329</sup> Jf. Rt. 2007 s. 862 premiss (69). Se også LG-1995-520.

<sup>330</sup> Rt. 2007 s. 862 premiss (49)

Etter ordlyden i § 36 skal en i vurderingen ta hensyn til ”forholdene ved avtalens inngåelse”. Særlig i kontraktsforhold der alminnelig erstatningsutmåling ikke strekker til for å sikre realkreditor, vil det være rimelig at partene fastsetter et beløp over forventet økonomisk tap. Ikke bare en vurdering av *avtalens art og karakter* vil være gjenstand for vurdering her, også *klausulens formål* må kunne henføres under forholdene ved avtalens inngåelse.<sup>331</sup>

Erstatningsklausulene befatter seg med erstatningsutmålingen, og *forholdet til det inntrådte tap* kan i utgangspunktet synes å være et sentralt moment i rimelighetsvurderingen. Likevel kan det pekes på at det bakenforliggende formålet med slike klausuler ofte er å unngå tvist om erstatningens størrelse basert på kompliserte faktiske og rettslige vurderinger. Enkelte klausuler kan endog ha klare pønale formål, og det er da partenes forutsetninger at det avtalte beløp skal overstige det faktiske tapet.

I rettspraksis finner en tendenser som tilsier at domstolene er varsomme med å overprøve den partsfastsatte erstatningen når det viser seg at det faktiske tapet er mindre enn det avtalte beløp, jf. LG-1995-520. Til tross for at det her var på det rene at realkreditor ikke hadde lidt noe tap, var det ikke grunnlag for sensur av avtalens ”liquidated damages”.

Saken gjaldt her en kontrakt vedrørende fabrikasjon av fem tanker til petroleumsformål mellom meget profesjonelle parter. Blant annet som følge av dårlig vær ble arbeidene forsinket. Lagmannsretten uttalte følgende om forholdet til inntrådt tap: *”Det kan synes hardt at Statoil krever dagmulkt i en situasjon der selskapet ikke er påført noe direkte økonomisk tap. På den annen side er det nettopp slik dagmulktbestemmelsene er ment å fungere. ... Så lenge dagmulktbestemmelsen har en begrensning på 15% av kontraktsprisen kan ikke lagmannsretten se at det er rom for å benytte avtalelovens § 36.”*

Der misforholdet er vesentlig, vil dette imidlertid kunne tale for avtalesensur, jf. Rt. 2007 s. 862. Her var realkreditors tap ansett å være relativt beskjedent, og hovedsakelig ikke-

---

<sup>331</sup> Jf. Rt. 2007 s. 862 premiss (55), der klausulens pønale formål var rimelig ut fra forholdene på avtaletidspunktet

økonomisk, i forhold til den avtalte dagmulkten som etter hvert fikk en uforholdsmessig størrelse. Også ND 1973 s. 196 (Hålogaland) kan tas til inntekt for at faktisk tap er et relevant moment ved rimelighetsvurderingen.

Denne saken gjaldt reparasjon av skipet Nyvoll Senior. Det var her avtalt dagmulkt for forsinket levering, likevel slik at kravet på dagmulkt ikke oppsto før leveringstiden var overskredet med mer enn syv døgn. Siden skipet ble levert det åttende døgnet etter avtalt leveringstid utøvde rederiet tilbakeholdsrett av kjøpesummen til dekning av dagmulkten tilsvarende 7 døgn. Lagmannsrettens flertall fant at dagmulkten skulle nedsettes til det halve med hjemmel i den opprinnelige § 36, blant annet under hensyn til konvensjonalbotens betydelige størrelse, når man sammenholdt det med kontraktssummen og at rederiet ikke hadde lidt noe tap.

Disse tre dommene illustrerer at det er relevant å vektlegge det faktiske tap ved vurderingen av overestimeringer, men at et misforhold mellom det faktiske tap og den avtalte erstatning ikke i seg selv vil medføre at en erstatningsklausul settes til side som urimelig. Dersom erstatningen i tillegg er uforholdsmessig i forhold til kontraktssummen, kan det imidlertid tale for at klausulen er urimelig, jf. Rt. 2007 s. 862. Er ansvaret eksempelvis begrenset til 15 % av kontraktssummen, vil erstatningsklausulen sjelden anses urimelig selv om det ikke foreligger noe tap i det hele tatt, jf. LG-1995-520.

Som nevnt kan erstatningsklausulen også bidra til å sikre *realcreditors ikke-økonomiske interesser* i oppfyllelse. I de tilfellene realcreditor kan påvise ikke-økonomiske interesser i oppfyllelse, bør dette være relevant å trekke inn i helhetsvurderingen.<sup>332</sup> Således ble det tatt hensyn til slike interesser i Rt. 2007 s. 862, selv om disse var relativt beskjedne i forhold til dagmulkten betydelige beløp. I profesjonelle forhold er antakelig dette momentet av mindre praktisk betydning, fordi det vanligvis er realcreditors økonomiske interesser som er bakgrunnen for kontrakten.

Ved vurderingen av om erstatningsklausulens størrelse er rimelig eller ikke, må en også se hen til *kontraktsbruddets årsak*. Herunder må en også ta i betraktning det generelle

---

<sup>332</sup> Dette sto uttrykkelig i avtalelovens opprinnelige § 36.

*hensynet til lojalitet* i kontraktsforhold. Der det er snakk om en erstatningsklausul med pønalt formål, skal klausulen å sikre mot ikke-oppfyllelse og gi realdebitor et ekstra incitament til å oppfylle. *Realdebitors adferd* kan da være av betydning i rimelighetsvurderingen. Selv om resultatet ble avtalerevisjon i Rt. 2007 s. 862, uttaler førstvoterende som målsmann for flertallet at det ”må legges betydelig vekt på at [realdebitor] alene har hatt det hele og fulle ansvaret for at oppfyllelsen ... ble så forsinket som tilfellet er her...” Mindretallet ville gå enda lenger og la dette få avgjørende betydning, idet beløpets størrelse etter hennes oppfatning ikke hadde plass i rimelighetsvurderingen når realdebitor selv kunne forutsett eller avverget misligholdet.

Som fremholdt av lovgiver ved utarbeidelsen av avtalelovens opprinnelige § 36, kan en anta at ”[j]o mer dadelværdig det er av ham, at han ikke har levert hovedytelsen, des mindre grund er der til at nedsætte boten, og har han bare av chicane undladt at opfylde, bør der aldrig bli tale om nogen nedsættelse.”<sup>333</sup>

Er det derimot ingenting å legge realdebitor til last, kan dette tale for at en overestimering kan være urimelig.<sup>334</sup> Imidlertid er nok domstolene også i slike tilfeller tilbakeholdne med å klassifisere klausulen som urimelig, især der avtalen er mellom kommersielle parter der hensynet til forutberegnelighet i kontraktsforholdet er viktig. Illustrerende i denne forbindelse er igjen LG-1995-520. Til tross for at det her ikke var noe å legge skadevolder til last, kom lagmannsretten til at sensur av erstatningsklausulen var utelukket. Deler av begrunnelsen var at kontrakten hadde allokert risikoen for force majeure i kontrakten, og denne bestemmelsen kom ikke til anvendelse fordi realdebitor ikke hadde påberopt seg denne innen kontraktens frister. Kanskje vil momentet stå sterkere i kontrakter der risikoen for omstendigheter av samme karakter ikke er nærmere regulert i kontrakten.

Også *realkreditors atferd* kan ha betydning for rimelighetsvurderingen. Dette må selvsagt få betydning dersom han opptrer illojalt eller for øvrig ikke yter den medvirkning til oppfyllelse som realdebitor kan forvente, kanskje med det mål for øyet å oppnå den avtalte

---

<sup>333</sup> Jf. Ot.prp.nr. 63 (1917) s. 85

<sup>334</sup> l.c.

erstatning for ikke-oppfyllelse. Men også der han mer eller mindre indirekte har medført at realdebitor ikke har oppfylt kontraktsmessig bør det være adgang til å legge vekt på realkreditors forhold. Således ble det i ND 1973 s. 196 (Hålogaland), der dagmulkten ble halvert, lagt "en viss vekt" på at realkreditor hadde forholdt seg taus på spørsmål om misligholdende part skulle søke å begrense forsinkelsen. Denne passiviteten var kanskje ikke direkte kritikkverdig i seg selv, men det kan i alle fall sies at realkreditor var delaktig i at forsinkelsen ikke ble begrenset.<sup>335</sup> I den grad realkreditor har vært medvirkende til at kontraktsbruddet oppstår, er dette derfor et moment som taler for rimelighetssensur av en overestimering.

Den opprinnelige § 36 slo eksplisitt fast at *betaling av boten uten forbehold* avskar senere innsigelser om at denne var "aabenbart ubillig". Ved innføringen av § 36 ble dette absolutte synspunktet forlatt. Forarbeidene kritiserer den gamle løsningen, men fremhever imidlertid at "oppfyllelshandlingen og hva den representerer i det enkelte tilfellet vil være viktige momenter i helhetsvurderingen".<sup>336</sup> Særlig mellom profesjonelle parter, som forventes å opptre klart og tydelig overfor sine kontraktsparter, kan oppfyllelshandlingen få konsekvenser dersom betaling mot formodning skjer uten forbehold, tiltross for at realdebitor mener den er urimelig.

I tilknytning til det som er sagt over, kan det også påpekes at rimelighetsvurderingen vil være strengere der erstatningsklausulen kommer i tillegg til realkreditors alminnelige misligholdsbeføyelser. Som nevnt over pkt 4.3.4 vil en slik klausul medføre at realdebitor rammes særlig hardt.

#### 4.4.3 Særlig om erstatningsklausuler som ansvarsfraskrivelser

##### *Innledning*

Med ansvarsfraskrivelser siktes her til alle klausuler som begrenser eller fraskriver realkreditors misligholdsbeføyelser etter deklatorisk rett.<sup>337</sup> Problemstillingen i det

---

<sup>335</sup> Heggberget (2001) s. 338

<sup>336</sup> NOU 1979:32 s. 57

<sup>337</sup> Slik også Hagstrøm (2003) s. 623

følgende er partenes adgang til å avtale eller håndheve erstatningsklausuler som har til effekt å begrense ansvaret i norsk rett. Denne adgangen drøftes først ved å gi en oversikt over alminnelige ansvarsfraskrivelser i norsk rett, deretter drøftes i hvilken grad det samme gjelder for erstatningsklausuler med ansvarsbegrensende effekt. Tilslutt drøftes rekkevidden av erstatningsklausuler som utgjør realkreditors ”sole remedy”.

### *Overordnet om ansvarsfraskrivelsernes generelle stilling i norsk rett*

I tillegg til de generelle betraktninger som tidligere er gitt angående tolkningen av ansvarsfraskrivelser i norsk rett, kan ansvarsfraskrivelsernes stilling i norsk rett presiseres ytterligere her. Rekkevidden av ansvarsfraskrivelser har vært omfattende diskutert både i rettspraksis og teori. Med forankring i Rt. 1948 s. 370 har det i norsk teori tidligere vært hevdet at det er adgang til å fraskrive seg ethvert ansvar, bare ikke ansvaret for egen forsettelig eller grov uaktsom skadeforvoldelse.<sup>338</sup> Hjemmelen for denne begrensningen var ærbarhetsregelen i NL 5-1-2. I dag må nok dette synet nyanseres i flere henseender, ikke bare i lys av senere lovgivning og rettspraksis, men også av drøftelser i den juridiske teori. Særlig markerer rimelighetsstandarden i § 36 som ble innført i 1983 at urimelige ansvarsfraskrivelser ikke nødvendigvis er bindende, selv om de ikke dekker grov egenskyld. NL 5-1-2 er dermed ikke lenger sentral vurderingen av ansvarsfraskrivelsernes grense, annet enn at den kanskje innebærer en egen ugyldighetskategori for ansvarsfraskrivelser som dekker grov egenskyld.<sup>339</sup> I dag er det rådende synet at spørsmålet om en ansvarsfraskrivelse bør opprettholdes, beror på et bredt skjønn med forankring i urimelighetskriteriet som er nedfelt i avtalelovens § 36.<sup>340</sup>

Ansvarsfraskrivelser for grovere skyld hos ansatte kan i noen tilfeller opprettholdes.

”Kaiinspektørdommen” inntatt i Rt. 1994 s. 626 er et eksempel på at ansvarsbegrensningene i NSAB 75 kunne stå seg overfor grov uaktsomhet fra en av bedriftens ansatte. Det skal bemerkes at det her gjaldt en standardkontrakt, og at hensynet

---

<sup>338</sup> Hagstrøm (1996) s. 421

<sup>339</sup> *ibid.* s. 430

<sup>340</sup> I.c. Tilsvarende Kaasen (2006) s. 597-598

til klarhet og forutberegnelighet gjorde seg gjeldende ”med styrke”.<sup>341</sup> Høyesterett holdt her spørsmålet om ansvarsbegrensningen også ville stått seg overfor grov uaktsomhet i bedriftens ledelse åpent. Teorien er i dag ikke helt samstemt på om en alltid er avskåret fra å fraskrive seg ansvaret for egen grov uaktsomhet, eller om også slike tilfeller beror på en konkret helhetsvurdering med forankring i avtalelovens § 36.<sup>342</sup>

Det kan avslutningsvis sies at det ikke nødvendigvis er noe urimelig i en ansvarsfraskrivelse. Det er først når omstendighetene gjør det urimelig å påberope seg ansvarsfraskrivelsen, at gyldighetsspørsmålet kommer på spissen. I forhold til de videre drøftelsene legges hovedvekten på omstendigheter knyttet til realdebitors skyld.

#### *Berettigelsen av å anvende reglene om ansvarsfraskrivelser på erstatningsklausuler*

Tilfeller der erstatningsklausulens formål er å fraskrive all erstatning, vil klart måtte følge de samme prinsipper som andre ansvarsfraskrivelser. Bortsett fra tilfeller der erstatningsklausulen er fastsatt til et symbolsk beløp, er klausulene ikke rene ansvarsfraskrivelser, de er ansvarsbegrensninger.<sup>343</sup> For disse tilfellene kan en grundigere vurdering være nødvendig, især når en tar i betraktning at realkreditor potensielt kan dra fordel av en erstatningsklausul hvor det ikke er nødvendig å påvise et økonomisk tap.

Problemstillingen er først hvilket rettsgrunnlag en har i norsk rett for å tilsidesette en erstatningsklausul som begrenser ansvaret. I norsk teori synes en å legge avgjørende vekt på klausulens ”funksjon” av ansvarsfraskrivelse for å legges til grunn at de alminnelige regler om ansvarsfraskrivelser kommer til anvendelse.<sup>344</sup> Videre synes man å anta at i den

---

<sup>341</sup> Rt. 1994 s. 626 på s. 630

<sup>342</sup> Se således Hagstrøm (1996) s. 475 som mener at en absolutt begrensning følger direkte av NL 5-1-2, og på den annen side Kaasen (2006) s. 603 ff., som fremholder at det beror på en konkret vurdering om egen grov uaktsomhet skal medføre en gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen.

<sup>343</sup> Cf. den nevnte engelske dommen *Temloc v Erril* (1987) 39 BLR 31 der erstatningen var satt til ”£nil”, men der domstolen likevel opprettholdt klausulens ansvarsbegrensende funksjon. Sitert etter Eggleston (1997) s. 45

<sup>344</sup> Hagstrøm (2003) s. 653. Med ”funksjon” sikter forfatteren hovedsakelig til klausulens formål, *ibid.* s. 623



grad klausulen har til effekt å begrense ansvaret, så må man underkaste klausulen den restriktive tolkning og gyldighetsprøvelsen som ellers gjelder for ansvarsfraskrivelser.<sup>345</sup>

Dette samsvarer med løsningen etter UNIDROIT art 7.1.6 som direkte begrenser rekkevidden av "exemption clauses" når anvendelsen av disse vil være "grossly unfair". I kommentaren fremgår det reservasjonsløst at erstatningsklausuler skal vurderes etter de samme kriterier.<sup>346</sup>

Med utgangspunkt i Rt. 1994 s. 626 kan en si at rettsgrunnlaget for å sette tilside en erstatningsklausul som begrenser ansvaret, i så fall vil være at det "strider mot preseptoriske kontraktsregler – alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtalelovens § 36 – å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldende".<sup>347</sup>

Problemstillingen i det videre er følgelig om det strider mot slike preseptoriske kontraktsregler å gjøre erstatningsklausuler med ansvarsbegrensende effekt gjeldende. Som nevnt må vurderingen av ansvarsfraskrivelser i dag bero på et bredt skjønn med forankring i urimelighetskriteriet nedfelt i avtalelovens § 36. Rekkevidden av ansvarsfraskrivelser i sin absolutte form er omdiskutert. Rekkevidden av slike klausuler en her står overfor, der også realkreditor kan oppnå fordeler av klausulen, kan ikke være mindre. Det kan tenkes at utgangspunktet for det brede skjønnnet etter avtalelovens § 36 bør være annerledes enn for ansvarsfraskrivelser i sin alminnelighet, særlig fordi realkreditor ved erstatningsklausulene oppnår en potensiell fordel av klausulen.

Problemstillingen illustreres av standardkontrakten Skip 2000. Her er det i artikkel IV inntatt regler som normerer erstatningen for forsinkelse og en del typiske mangler. Kontrakten har et internasjonalt preg, og avtalen er bygget på den engelske kontraktstradisjon.<sup>348</sup> Etter ordlyden er denne bestemmelsen eksklusiv, idet Kjøperens misligholdsbeføyelser for de kontraktsbrudd omhandlet i artikkel IV er begrenset til

---

<sup>345</sup> Hagstrøm (2003) s. 654

<sup>346</sup> Se UNIDROIT art 7.1.4 comment 4.

<sup>347</sup> Jf. Rt. 1994 s. 626 på s. 630

<sup>348</sup> Meland (2006) s. 24

erstatningsklausulen og retten til å kansellere. Kontrakten har ingen eksplisitte bestemmelser om at klausulen skal tolkes annerledes eller anvendes på annen måte der den har effekten av å være en ansvarsbegrensning.<sup>349</sup>

Et åpenbart tilfelle kan skilles ut fra den videre drøftelsen. Der det foreligger et forsettlig kontraktsbrudd fra ledende personell, kan ikke erstatningsklausulens ansvarsbegrensende funksjon opprettholdes.<sup>350</sup>

Like åpenbart er det ikke der det er utvist grov skyld hos ledende ansatte. Det synes å være sparsomt med rettspraksis omkring forhåndsnormert erstatning med ansvarsbegrensende formål eller effekt. Rt. 1921 s. 313 kan imidlertid trekkes frem. Her ble en ”penalty clause” ansett å være en effektiv ansvarsbegrensning. Årsaken til kontraktsbruddet var at rederiet under henvisning til at lasten var erklært som kontrabande av Tyskland, nektet å utføre en reise under certepartiet. Høyesterett anså denne nektelsen som uberettiget. Implikasjonene av skyldgraden ble imidlertid ikke drøftet i denne saken. Det kan likevel diskuteres om man i realiteten sto overfor et forsettlig kontraktsbrudd. Fakta var at det forelå en forsettlig handling, som på grunn av uberettiget tolkning av kontrakten innebar et kontraktsbrudd. I norsk rett har det lenge vært oppfatningen at hver kontraktpart har risikoen for sin egen rettsoppfatning.<sup>351</sup> Dette kan imidlertid neppe strekkes så langt at denne risikoen innebærer at kontraktsbrudd som skyldes uriktig oppfatning stemples som forsettlig. Forsett dreier seg nemlig om ”bevissthetsforestillinger”.<sup>352</sup> At feiltolkningen i enkelte tilfeller kan være

---

<sup>349</sup> Meland (2006) s. 78-79 poengterer imidlertid at ordlyden ”må leses på basis av den aktuelle bakgrunnsretten”, og gjengir deretter det tradisjonelle norske synet om rekkevidden av ansvarsfraskrivelser generelt.

<sup>350</sup> Jf. Kaasen (2006) s. 600 og Hagstrøm (1996) s. 479

<sup>351</sup> Jf. Hagstrøm (2003) s. 508

<sup>352</sup> Jf. Hagstrøm (1996) s. 492 der han oppsummerer ”Trans Tind”-dommen (se fotnoten under) slik at ”forsettet karakteriseres som bevisst overtredelse av kontraktens normer kombinert med grov uaktsomhet m.h.t. følgerne.”

grovt uaktsom og dermed få følger for ansvarsbegrensningen kan imidlertid tenkes.<sup>353</sup>

Hvilken skyldgrad rederiet utviste i Rt. 1921 s. 313 er vanskelig å svare på, siden Høyesterett ikke vurderer spørsmålet. Høyesterett anså uansett ikke dette som problematisk for erstatningsklausulens ansvarsbegrensende effekt. At det forelå en form for skyld, selv om skylden neppe kan stemples som forsettelig, er i alle fall klart.

Også ”M/V Anahitra”<sup>354</sup> illustrerer poenget, og kan tale for at rettsoppfatningen fra Rt. 1921 s. 313 kan opprettholdes, også etter dagens rimelighetsvurdering forankret i avtalelovens § 36. Voldgiftsretten drøftet her om erstatningsklausulens ansvarsbegrensende effekt måtte settes til side som urimelig. Flertallets resultat bygger på at den ikke kunne finne ”et klanderverdig forhold av en slik art og styrke at verket som en følge herav må anses avskåret fra å gjøre gjeldende at forsinkelsesansvaret er begrenset til den erstatning som følger av kontraktens ansvarsbestemmelse”.<sup>355</sup> Dette til tross for at kontraktsbruddet skyldtes realdebitors uberettigete tolkning av avtalen, og at kontraktens uklarhet kunne føres tilbake til ham. Mindretallets oppsummering av misligholdende parts forhold var at skadevolder ”bevisst valgte å tolke en klausul om garantistillelse på en måte som det ikke var dekning for”. Under disse omstendigheter fant mindretallet at ”det vil virke urimelig å begrense saksøktes erstatningsansvar til det stipulerte dagmulksbeløp.” Mindretallet sier ikke at kontraktsbruddet er forsettelig, men bruken av ordet ”bevisst” heller i denne retning. Som drøftet er det neppe grunnlag i norsk rett for å stemple kontraktsbrudd som følge av uberettiget tolkning som forsettelig kontraktsbrudd uten videre. Flertallets begrunnelse tilsier at gjennomskjæring av erstatningsklausuler ved kontraktsbrudd som følge av uberettiget tolkning må underlegges en helhetsvurdering, og at bebreidelser i forbindelse med den uberettigede tolkningen ikke er nok. At dommen opprettholdt

---

<sup>353</sup> Jf. uttalelsene i ”Trans Tind”-dommen (voldgift): ”Det det må reageres mot, er ikke formelle kontraktsbrudd, men handlinger som kan skade medkontrahenten og som av den grunn kan karakteriseres som grovt uaktsomme.” Sitert etter Nordisk Skibsrederforening Medlemsblad nr. 522 s. 4907, 4909

<sup>354</sup> ND 1987 s. 216 (Voldgift)

<sup>355</sup> Se dommen side 226

erstatningsklausulens ansvarsbegrensende effekt bærer bud om at det skal svært mye til før en skjærer igjennom en avtalt erstatning for kontraktsbrudd, selv i tilfeller av grovere skyld.

Den sparsommelige rettspraksis vi har på området viser at det ikke er kulant å få sensurert en erstatningsklausul med ansvarsbegrensende effekt, selv i tilfeller av skyld hos realdebitor selv.

I lovgivningen er det på enkelte områder gitt bestemmelser som tilsier at ansvarsbegrensninger i form av forhåndsavtalt erstatning ikke står seg overfor tilfeller av grovere skyld, i tråd med den tradisjonelle læren om ansvarsfraskrivelser generelt. Som eksempel kan nevnes bustadoppføringslova § 19. Her fremgår uttrykkelig at erstatning for tap som overstiger dagmulkten utelukkende kan kreves dersom det foreligger grov skyld på realdebitors side.

Det kan spørres hvilken vekt en slik lovregulering har for problemstillingen. Ved spørsmålet om betydningen av spesiallovgivning for vurderingen av ansvarsfraskrivelser i rettsforhold utenfor lovregulering, kan det vises til at Høyesterett i Rt. 1994 s. 626 anså ”det ikke nødvendig” å gå inn på hvordan spørsmålet var løst i spesiallovgivningen, fordi domstolen ”må løse saken ut fra alminnelige rettsgrunnsetninger”.<sup>356</sup> Etter min mening må lovgivningen antas å gi føringer for hvordan de alminnelige rettsgrunnsetningene er å forstå. I alle fall ved den rimelighetsvurdering som skal foretas under avtalelovens § 36, bør det være relevant hvordan lovgiver vurderer liknende situasjoner.<sup>357</sup>

Når det kommer til bustadoppføringslova spesielt, taler det vesentlig imot å vektlegge lovgivers løsning under bustadoppføringslova at den er en forbrukerlov, og således er

---

<sup>356</sup> Jf. Rt. 1994 s. 626 på s. 631

<sup>357</sup> Jf. NOU 1979:32 s. 54: ”Ved vurderingen av om et avtalevilkår er urimelig, vil en måtte ta utgangspunkt i den alminnelige rimelighetsoppfatning til en hver tid. En kan si at denne oppfatning i stor utstrekning gjenspeiles i og påvirkes av lovgivningen.”

begrunnet i forbrukerhensyn.<sup>358</sup> Imidlertid synes bustadoppføringslova § 19 å samsvare med kontraktsspraksis også i næringsforhold, se nedenfor. Dette kan være et signal om at lovgiver anser kontraktspraksisen for å være rimelig.

At grovere skyld kan få betydning for anvendelsen av forhåndsnormert erstatning illustreres også av forsinkelsesrenteloven. En avtalt forsinkelsesrente kan sees på som en erstatningsklausul, jf. om dette ovenfor 1.5.1. Her skal bare nevnes at det etter lovens § 3 3. ledd unntaksvis kan gis erstatning for ”rentetap e.l. som ikke dekkes av forsinkelsesrenten”. I teorien er det med støtte i rettspraksis lagt til grunn at unntaksregelen forutsetter grovere skyld hos debitor.<sup>359</sup> Loven er i sin helhet fravikelig i kommersielle forhold, jf. § 1, men praktiseringen av bestemmelsen er egnet til å illustrere hva som anses som en rimelig deklarasjonisk løsning for erstatningsklausuler knyttet til pengeforpliktelser. Vekten av argumentet i forhold til problemstillingen her er imidlertid beskjeden, idet det tradisjonelt har vært oppstilt et strengt ansvar for mislighold av pengeforpliktelser.<sup>360</sup>

Som nevnt innledningsvis kan kontraktspraksis være relevant ved vurderingen av rimelighetsstandarden i avtalelovens § 36. Utenfor lovregulerte tilfeller har en flere eksempler i kontraktspraksis på at grovere skyldform får betydning for vurderingen av om det avtalte beløp for kontraktsbrudd kan settes tilside dersom det faktiske tapet viser seg å være større. I entreprisforhold er det ikke uvanlig at det avtales at realkreditor kan kreve erstatning for det lidte tap dersom dette overstiger dagmulkten og misligholdet skyldes grovere skyld hos entreprenøren, jf. NS 8405 i pkt 34.1 3. ledd. Videre står det i NS 8405 pkt 34.3 i.f. at dagmulktens begrensning på 10 % av kontraktssummen tilsidesettes ”dersom forsinkelsen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren.”

I enkelte standardkontrakter innen tilvirkning er det imidlertid ikke inntatt bestemmelser om gjennomskjæring av ansvarsbegrensninger. I NF 05 er det eksplisitt angitt i artikkel 24.4 at kontraktens rettigheter ”fastlagt i art. 11, art. 24 og i art. 26 er Selskapets eneste

---

<sup>358</sup> Jf. også NOU 1992:9 s. 89, der det i tilknytning til bustadoppføringslova § 19 knyttes noen korte bemerkninger om bakgrunnsretten på området, før det uttales at ”[t]ilsvarende band ligg det sjølvstykkt ikkje på lovgjeveren”.

<sup>359</sup> Jf. Krüger (1984) s. 396 og Hagstrøm (2003) s. 580

<sup>360</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 571

beføyelser mot Leverandørens forsinkelse”. Bestemmelsen om dagmulkt i artikkel 24.2 har intet unntak for tilfeller av tap som overstiger det avtalte beløp og som skyldes Leverandørens grove skyld. Kontraktens klare utgangspunkt etter ordlyden er således at ansvar utover kontraktens bestemmelser ikke skal kunne gjøres gjeldende. Tilsvarende har en også ordlyden i standardkontrakten for bygging av skip som det er gjort rede for innledningsvis i drøftelsen, jf. Skip 2000 artikkel IV.

I mangel av klar rettspraksis, viktig lovgivning eller konsistent kontraktspraksis kan det anføres noen reelle hensyn i vurderingen. De hensyn som ligger bak den strenge vurderingen av ansvarsfraskrivelser som dekker grovere skyld kan anføres også når det er snakk om erstatningsklausuler med ansvarsbegrensende effekt. Særlig kan prevensjonshensynet trekkes frem.<sup>361</sup> Kontrakter der erstatningsklausulens ansvarsbegrensende formål er viktig for å fremme forutberegnelighet, er gjerne også kontrakter der det dreier seg om enorme verdier. I enkelte kontraktsforhold kan kontraktsbrudd få fatale konsekvenser for miljøet, eller kanskje også menneskeliv. Om erstatningsklausulene skulle være absolutte, vil selv ikke grov uaktsomhet fra ledelsen få konsekvenser. Det er diskutert om ikke tapt anseelse i markedet fungerer som prevensjon for disse tilfeller, og at en rettslig trussel om gjennomskjæring av klausulen derfor er unødvendig.<sup>362</sup> Men tiltross for risiko for tapt anseelse kan det være fristende for ledelsen å ”kutte hjørner” i håp om at alt går bra likevel.<sup>363</sup> Etter mitt syn kan prevensjonshensynet neppe sies å være tilstrekkelig ivarettatt gjennom en risiko for tapt anseelse. Det er slett ikke sikkert at økonomiske kalkyler vil tilsi at risikoen for, og konsekvensen av, slik tap av anseelse vil motvirke fristelsen til ”å kutte hjørner”. Prevensjonshensynet tilsier derfor at heller ikke erstatningsklausuler med ansvarsbegrensende funksjon bør opprettholdes ved tilfeller av grov egenskyld.

---

<sup>361</sup> Se Hagstrøm (1996) s. 479

<sup>362</sup> Således Kaasen (2006) s. 604

<sup>363</sup> Hagstrøm (1996) s. 480

Selv om de samme hensyn mot å tillate ansvarsfraskrivelser for grov egenskyld gjør seg gjeldende, kan det anføres noen hensyn som taler for at forhåndsavtalt erstatning i kommersielle forhold bør underlegges en annen og kanskje lempeligere vurdering enn de rene ansvarsfraskrivelser. For det første skiller erstatningsklausulene seg fra disse ansvarsfraskrivelsene ved at realkreditor vil ha krav på det avtalte beløpet uansett faktisk tap, og at han dermed har en potensiell fordel av klausulen. Det kan også pekes på at det i mange avtaleforhold er et viktig formål med erstatningsklausulen å unngå tvist om erstatningens størrelse i etterkant. Klausulene har således et viktig konfliktløsende formål som er i begge parter interesse.<sup>364</sup> Videre er klausulene egnet til å forenkle risikovurderingene under kontrakten. Særlig for større tilvirkningsarbeider er det vanlig praksis at erstatningsklausulen benyttes som en ansvarsbegrensning.<sup>365</sup> Av hensyn til klarhet og forutsigbarhet bør det i slike kontrakter kreves solide argumenter for å sette det avtalte beløp tilside.<sup>366</sup> Dette har sammenheng med at klausulene i slike kontraktstyper vil være et utslag av et gjennomgående behov for å plassere tapsbelastningen med sikkerhet. Dette kan tale for å forfekte et syn om at sterke bebreidelser overfor misligholdende part kun er et minimumsvilkår for å sette tilside en erstatningsklausul som fungerer som en ansvarsbegrensning.<sup>367</sup>

Etter denne drøftelsen er det ikke gitt at domstolene i den konkrete sak vil sette tilside en erstatningsklausul selv om kontraktsbruddet skyldes egen grov uaktsomhet. Det som er sikkert, er at erstatningsklausuler med ansvarsbegrensende effekt vil kunne være gjenstand for rimelighetssensur som andre ansvarsfraskrivelser. I den konkrete helhetsvurderingen etter § 36 må den tradisjonelle skepsisen mot ansvarsfraskrivelser som dekker grovere egenskyld av hensynet til prevensjon tillegges betydelig vekt. Etter min mening bør det

---

<sup>364</sup> Olsen (1993) s. 30

<sup>365</sup> Se Kaasen (2006) s. 599 i tilknytning til NF 05 art. 24

<sup>366</sup> *ibid.* s. 600

<sup>367</sup> *ibid.* s. 609 som mener det avgjørende bør være om "leverandørens opptreden fremtrer som hensynsløs overfor selskapet, hvilket den ikke behøver å være selv om misligholdet er forsettelig og leverandøren kjenner til at selskapet derved påføres et tap."

imidlertid være relevant å legge vekt på den forskjellen som erstatningsklausulene representerer i forhold til tradisjonelle ansvarsfraskrivelser, ved at de prinsipielt kan være i begge parter interesse og er egnet til å fremme forutberegnelighet i kontraktsforholdet.

#### *Anvendelsen av reglene om ansvarsfraskrivelser på "sole remedy"-klausuler*

Erstatningsklausuler som er realkreditors "sole remedy", faller inn under den alminnelige definisjonen av "ansvarsfraskrivelser" i norsk teori. Gjennom å utelukke alle andre beføyelser enn den avtalte erstatning er den også en vidtgående ansvarsfraskrivelse. Det må derfor være klart at de alminnelige begrensningene i adgangen til å påberope seg ansvarsfraskrivelser slik det er behandlet over, kommer til anvendelse på klausulen. Likevel synes det å være svært lite rettspraksis om temaet.

Adgangen til å kreve erstatning utover en erstatningsklausul avtalt som "sole remedy", kan antakelig vurderes på samme måte som andre erstatningsklausuler som fungerer som ansvarsbegrensninger, men med et vesentlig unntak: Siden realkreditor etter ordlyden er helt avskåret fra å kreve andre beføyelser, er det grunn til å tro at klausulen lettere karakteriseres som urimelig enn tilfeller der realkreditor kan velge mellom den avtalte erstatning og for eksempel naturaloppgjørelse. Særlig tilfeller der klausulen medfører at et betydelig kontraktsbrudd blir stående uten virkninger vil kunne karakteriseres som urimelige. Den tidligere nevnte "Wingull"-dommen illustrerer at norsk rett nøydig godtar en ansvarsfraskrivelse der realkreditors eneste misligholdsbeføyelse viser seg å være tilnærmet verdiløs. Som nevnt over i avsnitt 4.3.4 kan dommen tenkes å ha overføringsverdi til erstatningsklausuler som er realkreditors "sole remedy"

I forhold til å gjøre andre beføyelser enn erstatning gjeldende, får vurderingen et litt annet utgangspunkt. Siden avtalelovens § 36 legger opp til en helhetsvurdering av avtalen, må erstatningsklausulen og "sole remedy"-klausulen sees i sammenheng. Ved erstatningsklausuler som er realkreditors "sole remedy", vil den totale vurdering ikke bare være om den avtalte erstatningen er rimelig i seg selv, men også om det er rimelig å utelukke andre beføyelser. Jo rimeligere erstatningens størrelse er, jo rimeligere er det



vanligvis at en avskjærer ytterligere beføyelser. I vurderingen av om det i det konkrete tilfellet er urimelig å utelukke andre beføyelser, bør det i tillegg til å vektlegge rimeligheten i erstatningens størrelse, legges særlig vekt på realkreditors interesser i kontraktsmessig oppfyllelse.

Det kan etter dette legges til grunn at ansvarsfraskrivelser i form av ”sole remedy”-klausuler vil underlegges det samme kritiske blikk som ansvarsfraskrivelser ellers. Rimeligheten i den konkrete situasjon vil i stor grad være betinget av rimeligheten av erstatningsklausulen, men også av realkreditors interesser i kontraktsforholdet utover erstatning.

#### 4.4.4 Erstatningsklausuler og bristende forutsetninger

Etter innføringen av avtalelovens § 36 ble området for den tradisjonelle læren om bristende forutsetninger betydelig innskrenket, og lenge var det uklart om læren hadde betydning som selvstendig grunnlag for avtalerevisjon. I Rt. 1999 s. 922 ”Salhus Flytebro” (dissens 3-2) kom flertallet til at det mest nærliggende grunnlaget for avtalerevisjon ville være å bruke forutsetningslæren fremfor avtalelovens § 36, fordi ”avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, som det er liten plass i et kontraktsforhold som det vi her står overfor”.<sup>368</sup> Selv med skarp dissens må en i alle fall for entrepriserettens del gå ut fra at læren fortsatt har anvendelse, og at den i utpregede kommersielle forhold kanskje gir større rom for avtalerevisjon enn avtaleloven § 36.<sup>369</sup>

Det skilles mellom bristende og uriktige forutsetninger. Bristende blir forutsetningen bare dersom det senere viser seg at den ikke slår til. Har forutsetningen hele tiden vært feil, foreligger det uriktige forutsetninger som må vurderes etter avtalelovens § 33 eller prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.<sup>370</sup> Som minimumsvilkår for at læren om

---

<sup>368</sup> Rt. 1999 s. 922 på s. 932

<sup>369</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 310

<sup>370</sup> *ibid.* s. 248

bristende forutsetninger skal komme til anvendelse sies gjerne at det må foreligge en synbar, motiverende forutsetning hos løftegiver som etter en nærmere vurdering anses som relevant.<sup>371</sup> Relevanskravet er formulert som et objektivt vilkår som må fastlegges etter en nærmere vurdering av hva som er en rimelig byrdefordeling i den kontraktstypen det gjelder.<sup>372</sup> Foreligger en slik bristende forutsetning, er rettsvirkningene enten at forpliktelsen bortfaller (*ex nunc*), eller at den i enkelte tilfeller blir modifisert.<sup>373</sup>

Der læren om bristende forutsetninger har betydning i dag, er det av interesse å drøfte implikasjonene av denne for erstatningsklausulenes del. Forutsetninger i forbindelse med en erstatningsklausul kan tenkes knyttet opp mot det fremtidige tapet kreditor vil lide som følge av kontraktsbrudd. På grunn av senere omstendigheter viser det seg at tapet blir vesentlig større enn det partene forutsatte i sin ”penalty”, slik at klausulen isteden fungerer som en ansvarsbegrensning. Eller partene har ment å fastsette et rimelig normaltap for en misligholdt forpliktelse, men det viser seg at tapet manifester seg i vesentlig større eller mindre omfang enn partene forutsatte. Slike bristende forutsetninger kan nok bare i særlige tilfeller anses som rettslig relevante. Ved å avtale en erstatningsklausul påtar begge parter seg en risiko for at tapet blir større eller mindre enn det avtalte beløp, og erstatningsklausulen må derfor i de fleste tilfeller antas i seg selv å utgjøre en rimelig byrdefordeling mellom partene. Hvis en samtidig tar i betraktning klausulens konfliktløsende formål, vil nok dette tale for at forutsetninger angående tapets størrelse sjelden vil anses relevant i forhold til forutsetningslæren.

Et slikt sjeldent tilfelle kan kanskje Rt. 1924 s. 1244 være et eksempel på. ”[P]artenes forutsætninger for den fikserte skadeserstatning” var her en vesentlig del av begrunnelsen for å tolke en erstatningsklausul med kompensierende formål som *bortfalt* når realkreditor faktisk tjente på realdebitors mislighold og oppfyllelse viste seg å bli ”helt utelukket”.<sup>374</sup> ”Tolkningen” kan tenkes å være inspirert av forutsetningslæren som på denne tiden var på fremmarsj i nordisk rett.<sup>375</sup>

---

<sup>371</sup> l.c.

<sup>372</sup> *ibid.* s. 249

<sup>373</sup> *ibid.* s. 250

<sup>374</sup> Rt. 1924 s. 1244 på s. 1248-1249

Større rom for forutsetningslæren kan det være der erstatningsberegningen skal foretas på grunnlag av noe utenfor det konkrete kontraktsforholdet, og som på et senere tidspunkt er gjenstand for en uforutsett endring slik at erstatningen endres tilsvarende. Som eksempel kan tenkes at erstatningsklausulen i tilfelle mangler foreskriver en godtgjørelse i form av 60% av kontraktsgjenstandens gjeldende listepris. Dersom listeprisen som følge av inngrep fra konkurransemyndighetene blir vesentlig redusert, vil dette kunne være en bristende forutsetning. Erstatningen reduseres da tilsvarende for tilfeller der kontraktsgjenstandens kjøpesum tok utgangspunkt i den tidligere listepris. Et slikt tilfelle ble ansett som en ”utilsigtet og mod parternes forudsætninger stridende væsentlig nedsættelse” av den avtalte godtgjørelse i UfR 1995 s. 277. Avtalen ble der modifisert slik at partenes forutsetninger ble gjennomført, ved at godtgjørelsen skulle tilsvare 82,42% av den nye listeprisen.<sup>376</sup>

#### 4.4.5 Oppsummerende om avtalesensur i norsk rett

Når det gjelder overestimeringer skal det mye til før en erstatningsklausul i næringsforhold anses urimelig. Det kan likevel tenkes tilfeller der urimeligheten er iøynefallende, som i Rt. 2007 s. 862 eller ”Nyvoll Senior”.<sup>377</sup> Eksemplene viser at lemping av urimelig høye erstatningsklausuler kan forekomme, også overfor profesjonelle parter. Også når en erstatningsklausul begrenser ansvaret, skal det mye til før klausulen anses urimelig. Men det kan ikke utelukkes at også slike ansvarsfraskrivelser kan sensureres i tilfeller av grov egenskyld, og i alle fall ved forsettelige kontraktsbrudd fra ledende personell.

Utgangspunktet i norsk rett er altså at erstatningsklausulene er gyldige, og rettspraksis viser at det skal svært mye til før en erstatningsklausul i et kontraktsforhold mellom kommersielle parter blir gjenstand for avtalerevisjon. En større adgang ville virke mot

---

<sup>375</sup> Se om lærens historie i Hagstrøm (2003) s. 252

<sup>376</sup> Se dommens side 280 for de matematiske beregningene.

<sup>377</sup> ND 1973 s. 196 (Hålogaland)

klausulens hensikt både som konfliktløser eller som henholdsvis oppfyllellespress og risikoallokering.

Siden ”sole remedy”-klausuler medfører en enda videre ansvarsfraskrivelse enn erstatningsklausuler som fungerer som ansvarsbegrensninger, må disse underlegges et mer kritisk blikk enn erstatningsklausuler som kun regulerer erstatningens størrelse. De tradisjonelle reglene for ansvarsfraskrivelser gjelder fullt ut, og klausulen vil neppe kunne opprettholdes der et betydelig kontraktsbrudd ikke får virkninger, jf. ”Wingull”-dommen, eller der klausulen dekker grovere skyld.

## **5 Avhandlingens konklusjon**

Avhandlingen har søkt å påvise hvilke virkninger erstatningsklausulene oppnår i norsk rett. Det kan konkluderes med at erstatningsklausulene i alle fall oppnår noen av de samme virkningene som i common law. For eksempel oppstiller ingen av rettsystemene et krav til økonomisk tap for at rettigheter etter erstatningsklausulen skal kunne inntre. Dermed medfører erstatningsklausulene også at de tradisjonelle begrensningene i erstatningsutmålingen knyttet til realkreditors økonomiske tap ikke har sin sedvanlige betydning. Videre må erstatningsklausulen tas inn i vurderingen av om heving kan være en rimelig beføyelse i det konkrete tilfellet, og erstatningsklausulens effekt begrenser seg vanligvis til kontraktsbrudd som inntre før heving.

Selv om erstatningsklausulen forfølger flere av de samme formål i begge rettsystemer, er det imidlertid ikke alltid klausulene gis den samme effekt. Klausuler med samme ordlyd kan da få en annen virkning når den tolkes på bakgrunn av norsk rett, enn den ville hatt under common law. Det er flere forskjeller i bakgrunnsretten som medfører at erstatningsklausulene tolkes forskjellig.

Den største forskjellen er kanskje at norsk rett i motsetning til common law tillater klausuler med pønale formål. Partene kan i mye større utstrekning etablere et oppfylleelsespress på realdebitor gjennom erstatningsklausulen. Avhandlingen har vist at dette kan få betydning langt utover spørsmålet om klausulen i seg selv kan gis effekt eller ikke. Adgangen til å ivareta pønale formål medfører indirekte at klausulens rekkevidde kan bli en annen i norsk rett. En rekke av de tolkningsspørsmål som oppstår kan gjøre det nødvendig å se hen til klausulens overordnede formål dersom ordlyden ikke gir noe klart svar.

For det første vil erstatningsklausulens eksistens ikke nødvendigvis medføre at realkreditors alminnelige erstatningsbeføyelse utelukkes som et alternativ eller endog et tillegg til erstatning etter klausulen. Utgangspunktet er imidlertid at erstatningsklausulen fungerer som en eksklusiv erstatningsbeføyelse for realkreditor som i common law, med mindre klausulens pønale formål eller andre holdepunkter tilsier en annen tolkning.

For det andre er hovedregelen i norsk rett at det kreves et ansvarsgrunnlag utover kontraktsbrudd for å gjøre erstatningsklausulen gjeldende. Kun der det foreligger klare holdepunkter, for eksempel et klart pønalt formål, kan et krav om ansvarsgrunnlag anses fraveket. I common law innebærer erstatningsklausulen et like objektivt ansvar for kontraktsbrudd som ellers.

For det tredje er det videre en mulighet for at en klausul med pønalt formål kan tolkes slik at realkreditor kan ha krav på både erstatning etter klausulen og naturaloppfyllelse. I common law må realkreditor foreta et valg mellom naturaloppfyllelse og ”liquidated damages”. Han er således avskåret fra å få begge. Siden adgangen til å kreve naturaloppfyllelse er større under norsk rett, innebærer dette en praktisk viktig forskjell i klausulens rekkevidde.

For det fjerde har vi sett at realkreditor etter norsk rett kan være avskåret fra å gjøre krav gjeldende etter en klausul med rent kompensierende formål dersom han oppebærer en netto

fordel av kontraktsbruddet. I common law er de faktiske virkningene av kontraktsbruddet som hovedregel uten relevans for klausulens effekt.<sup>378</sup>

Avhandlingen har videre vist at betegnelsen av klausulen kan ha betydning for disse spørsmål, idet betegnelsen skaper en presumpsjon for hva som er klausulens formål. Dersom partene ønsker å oppnå de samme effektene som "liquidated damages" i common law, vil betegnelsen "liquidated damages" ikke være optimal for å oppnå dette. Her kan nevnes at kravet til ansvarsgrunnlag presumptivt legges til grunn i norsk rett for slike klausuler. Videre vil en klausul med betegnelsen "liquidated damages" kunne stå på usikker grunn dersom realkreditor får en nettofordel av kontraktsbruddet.

På den annen side, parter som benytter formuleringen "liquidated damages" i lys av angloamerikansk kontraktspraksis der de ønsker å oppnå pønale effekter, risikerer at klausulen tolkes som en klausul med kompenserende eller ansvarsbegrensende formål, og ikke en klausul med pønale formål. De effektene av klausuler med pønalt formål som er nevnt, vil da risikere å bli utelukket dersom formålet ikke har kommet til uttrykk i ordlyden. Det er derfor tilrådelig at partene ikke uten videre benytter det engelske uttrykket "liquidated damages" der deres formål er å avtale en "penalty".

En annen forskjell er at partene kan gå mye lenger i common law i å benytte "liquidated damages" som ansvarsbegrensninger. Norsk rett synes under noen omstendigheter å være skeptisk til erstatningsklausuler med ansvarsbegrensende effekt, og dette setter en prinsipiell begrensning på hvor lavt partene kan fastsette erstatningen. Kanskje enda viktigere er det at dette setter en begrensning på partenes handlinger på oppfyllelsesstadiet. I norsk rett vil "sole remedy"-klausuler underlegges de samme begrensningene, slik at partenes handlefrihet også på dette området er mindre enn i common law.

---

<sup>378</sup> Med unntak av de få statene i USA som tillegger realkreditors faktiske tap betydning.

Etter dette kan det sies at erstatningsklausulene i prinsippet er godt egnet til å oppnå tilsvarende effekt i norsk rett som i common law. Likevel vil ubearbeidede ”liquidated damages” etter sin ordlyd kunne medføre andre rettsvirkninger enn i common law, og ”penalties” kan være egnet til å oppnå resultater som ikke anerkjennes i common law. Forskjeller i klausulens effekt kan i stor grad elimineres ved å tilpasse ordlyden, med unntak av de forskjeller som relaterer seg til lojalitetsprinsippet eller avtalelovens § 36.

## 6 Litteraturliste, registre m. m.

### Litteraturliste

Anson, William Reynell og Jack Beatson *Anson's law on contracts*. 28<sup>th</sup> ed. Oxford, 2002.

Arnholt, Carl Jacob *Almindelig obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 1978.

Augdahl, Per *Den norske obligasjonsretts almindelige del*. 5. utg. Oslo, 1984.

Bjerketveit, André *Indemnity- og hold harmless-klausuler i norsk rett*. Upublisert studentavhandling, Oslo, 2008. [Sisert 25. mai 2008] Tilgang: [http://www.jus.uio.no/ifp/anglo\\_project/essays/bjerketveit\\_avhandling.html](http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/essays/bjerketveit_avhandling.html)

Bugge, Nicolay L. *Avtaleloven*. 3. utg. Oslo, 1949.

*Black's law dictionary*. Henry Campbell Black ... [et al.]. 6<sup>th</sup> ed. St. Paul Minnesota, 1990.

*Chitty On contracts*. Vol. I: *General principles*. Joseph Chitty ... [et al.]. 29<sup>th</sup> ed. London, 2004.

Corbin, Arthur Linton *Corbin on contracts: A Comprehensive Treatise on the working rules of contract*. Vol. 5: *Damages - Restitution*. St. Paul, Minn., 1964.

Echoff, Torstein og Jan E. Helgesen *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.



Eggleston, Brian *Liquidated damages and extensions of time in construction contracts*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, 1997.

Farnsworth, Allan *Farnsworth on contracts*. 3<sup>rd</sup> ed. New York, NY, 2004.

Fritz, William F. *Underliquidated Damages as Limitation of Liability*. I: Texas Law Review 1954-1955 S.196-222

Gorton, Lars og Per Samuelsson *Kontraktuellel viten*. I: Studier i rättsekonomi: Festskrift til Ingemar Ståhl. Lund, 2005.

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003 (3. oppl. 2004 med korrektur).

Hagstrøm, Viggo *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1996 S.421-518.

Heggberget, Lars Marius og Espen Nyland *Formuleringen av internasjonale kontraktsrettslige grunnprinsipper og betydningen for norsk rett*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2000 S.251-323.

Heggberget, Lars Marius og Espen Nyland *Forhåndsfastsatt normalerstatning – konvensjonalbøter m.v.* I: Tidsskrift for Forretningsjuss. 2001 S.313-345.

Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet: Kontraktsrett I*. Oslo, 2002.

Høgberg, Alf Petter *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. Oslo, 2006.

Iversen, Torsten *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*. København, 2000

*Jusleksikon*. Jon Gisle ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2002.

Kaasen, Knut *Petroleumskontrakter: med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006.

Krüger, Kai *Norsk kontraktsrett*. Bergen, 1989.

Krüger, Kai *Pengekrav*. 2. utg. Bergen, 1984.

McGregor, Harvey, Martin Spencer og Julian Picton *McGregor on damages*. 17<sup>th</sup> ed. London, 2003.

von Mehren, Arthur T. og Peter L. Murray *Law in the United States*. 2<sup>nd</sup> ed. New York, NY, 2007.

Meland, Øystein *Skipsbygging: Kommentarer til norsk standard skipsbyggingskontrakt*. Bergen, 2006.

Moss, Giuditta *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law: Introduction and Method*. I: Institutt for Privatrekt Skriftserie nr. 169 (2007).

Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo, 2007

*NS 8405 med kommentarer*. Karl Marthinussen ... [et al.]. Oslo, 2004.

Olsen, Lena *Ersättningsklausuler: Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*. 2. utg. Stockholm, 1993.

*Restatement of the law, second: contracts 2d / as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 17, 1979.* St. Paul, Minn., 1981.

Simonsen, Lasse *Prekontraktuellet ansvar*. Oslo, 1997.

Solvang, Trond *Forsinkelse i havn: Risikofordeling ved reisebefraktning*. Upublisert doktoravhandling ved UiO, 2008.

Stang, Fredrik *Forløfte, gave, konventionalbot: forelæsnings av professor Fredrik Stang*. Oslo, 1929.

Taxell, Lars Erik *Avtal och rättsskydd*. Åbo, 1972.

Treitel, Sir Guenter *Remedies for breach of contract: a comparative account*. Oxford, 1988 (reprint 1991).

Treitel, Sir Guenter og Edwin Peel *The law of contract*. 12<sup>th</sup> ed. London, 2007.

Woxholth, Geir *Avtalerett*. 6. utg. Oslo, 2006.

### **Norske dommer**

Rt. 1895 s. 806

Rt. 1897 s. 349

Rt. 1910 s. 928

Rt. 1921 s. 313

Rt. 1922 s. 6

Rt. 1922 s. 308

Rt. 1924 s. 1244

Rt. 1925 s. 32

Rt. 1929 s. 433

Rt. 1936 s. 909

Rt. 1938 s. 602

Rt. 1948 s. 370

Rt. 1970 s. 1059

Rt. 1978 s. 960

Rt. 1983 s. 205

Rt. 1984 s. 785

Rt. 1988 s. 295

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1994 s. 581

Rt. 1994 s. 626

Rt. 1994 s. 741

Rt. 1996 s. 1696

Rt. 1998 s. 761

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2002 s. 173

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2004 s. 1256

Rt. 2007 s. 862

ND 1973 s. 196 "Nyvoll Senior" (Hålogaland)

LG-1995-520

"Trans Tind" (Voldgift) Sitert etter: Nordisk Skibsrederforening Medlemsblad nr. 522  
(mars 1983) s. 4907 ff.

ND 1987 s. 216 "M/V Anahitra" (Voldgift)

ND 1979 s. 231 "Wingull" (Voldgift)

### **Danske dommer**

UfR 1995 s. 277

### **Engelske dommer**

Abdul Cader Abdeen v. Abdul Careem Mohamed Thaheer and Others [1958] A.C. 116

Abrahams v Performing Right Society Ltd. [1995] I.C.R. 1028

Aktieseskapet Reidar v. Arcos Ltd. [1927] 1 K.B. 352

Biffa Waste Services Ltd v. Maschinenfabrik Ernst Hese GmbH [2008] P.N.L.R. 17

Brown v. KMR Services Ltd. (Formerly H.G. Poland (Agencies) Ltd.) [1995] 2 Lloyd's  
Rep. 513

Carnes v Nesbitt (1862) 7 H. & N. 778

Cellulose Acetate Silk Company, Limited v. Widnes Foundry (1925), Limited [1933] A.C.  
20

Clydebank Engineering and Shipbuilding Company, Limited and Others v. Don Hose  
Ramos Yzquierdo Y Castenada and Others [1905] A.C. 6

Diestal v. Stevenson [1906] 2 K.B. 345

Dunlop Pneumatic Tube Company, Limited v. New Garage and Motor Company, Limited  
[1915] A.C. 79

Export Credits Guarantee Department v. Universal Oil Products Co. and Others [1983] 1  
W.L.R. 399

General Accident Assurance Corp. v. Noel [1902] 1 K.B. 377

Jeancharm Limited T/A Beaver International v. Barnet Football Club Limited [2003]  
EWCA Civ 58

Jobson v. Johnson [1989] 1 W.L.R. 1026

National Provincial Bank of England v. Marshall (1889) 40 Ch. D. 112

Phillips Hong Kong Ltd. v. Attorney General Hong Kong [1993] 61 BLR 41 (etter  
sammendrag på Westlaw International: 1993 WL 963001)

Photo Production Ltd. v. Securior Transport Ltd., [1980] A.C. 827, 1980 WL 148259

Raineri v Miles [1981] A.C. 1050, 1980 WL 149127

Robophone Facilities Ltd v. Blank [1966] 1 W.L.R. 1428

Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale (Suisse Atlantique) [1967] 1 A.C. 361

Talley v. Wolsey-Neech (1979) 38 P. & C.R. 45

Total Transport Corp of Panama v. Amoco Trading Co (The Altus) [1985] 1 Lloyd's Rep. 423

Wall v. Rederiaktiebolaget Luggunde [1915] 3 K.B. 66

### **Skotske dommer**

Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch. 341

### **Amerikanske dommer**

Aramark Uniform Services v. Meylan Enterprises, Inc., 2007 WL 1532329 (Neb. 2007)

Arrowhead School Dist. No. 75, Park County v. James Klyap, 318 Mont. 103 (Mont. 2001)

Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Cal.2d 192 (Cal. 1953)

Banta v Stamford Motor Co., 92 A. 665, 667 (Conn. 1914)

Brian McDonagh S.C. v. Moss, 207 Ill.App.3d 62, (Ill. 1990)

Browning Feeris Indus. v Eating Establishment-90th & Fort, 575 N.W.2d 885 (Neb. 1998)

Cummings Properties, LLC v. National Communications Corp., 449 Mass. 490 (Mass. 2007)

Lake Ridge Academy v Carnay, 66 Ohio St. 3d 376 (Ohio 1993)

North American Consolidated, Inc. v. Kopka, 644 F.Supp. 191, (Mass. 1986)

NPS, LLC v Paul Minihane, 451 Mass. 417 (Mass. 2008)

### **Norsk lovgivning**

1687	Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. april 1687
1907	Lov om kjøb (kjøpsloven 1907) av 24. mai 1907 nr. 2.
1918	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
1978	Lov om renter ved forsinket betaling m.m. (forsinkelsesrenteloven) av 17. desember 1976 nr. 100.
1988	Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.
1997	Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

### **Annen lovgivning**

UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977 [UK/England], [Sitert 25. mai 2008] Tilgang: <a href="http://www.statutelaw.gov.uk/">http://www.statutelaw.gov.uk/</a>
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999 [UK/England], [Sitert 25. mai 2008] Tilgang: <a href="http://www.statutelaw.gov.uk/">http://www.statutelaw.gov.uk/</a>
UCC	Uniform Commercial Code [USA] Tilgang: <a href="http://www.westlaw.com/">http://www.westlaw.com/</a>

### **Norske forarbeider**

Ot.prp.nr.63 (1917)	Avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
Ot.prp.nr.80 (1986-1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980
Ot.prp.nr.21 (1996-1997)	Avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)
NOU 1979:32	Formuerettslig lempningsregel
NOU 1992:9	Forbrukarentrepriselov

### **Svenske forarbeider**

Prop 1975/76:81	Om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
-----------------	---

### **Diverse**

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)
UNIDROIT	<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 / International Institute for the Unification of Private Law</i> . Rome, 2004
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> (2002) [sitert 25. mai 2008] Tilgang: <a href="http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf">http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf</a>
Canuel (2008)	Canuel, Edward. E-post (Vedlegg). 28. april 2008.